

課徴金制度の強化——補足的メモ——

舟田正之

- 一 制度改革の方向と本稿の検討対象
- 二 課徴金の目的・性格
- 三 課徴金の算定をめぐる諸問題
- 四 課徴金の対象となる違反行為の拡大

一 制度改革の方向と本稿の検討対象

独占禁止法は、価格カルテルやその他の価格に影響を与えるカルテル（以下、「価格カルテル等」という）を行った事業者に対し、公正取引委員会（以下、「公取委」と略記）が課徴金を賦課することとしている（同法七条の二）。この課徴金制度の見直し作業が、昨年末から公取委の「独占禁止法研究会」の下に設けられた「独占禁止法研究会措置体系見直し検討部会」（以下、「本部会」）において行われ、その報告書が先日（一〇月二八日）まとめられた（以下、「本報告書」⁽¹⁾）。これに対しては、経団連等から批判的な意見も出されている⁽²⁾。

私も、同部会に一メンバーとして参加し、基本的には同報告書に賛成の立場をとった。これについては、既に昨年（二〇〇三年）の春、私の個人ホームページに掲載し⁽³⁾、その後若干の訂正・補筆をし、「課徴金制度の強化に向け

て」と題して公表した (NBL七七四号八頁以下)。

そこで述べたことを以下、箇条書きでまとめておく。

(i) 今日の独禁法違反事件の実態から、課徴金制度を強化すべき理由がある。

(ii) 競争制限行為の悪影響は、課徴金が徴収すべきとされている「不当利得」分だけではなく、より広く各種の「社会的損失」に及ぶから、独禁法違反行為者からこれに相当する金額を徴収すべきである。

(iii) 右記の意味での課徴金は、競争秩序の侵害をもたらした者に対し原因者負担原則と同様の考え方にに基づき国が徴収し、競争秩序の「原状回復的措置」を図る制度であり、私的救済とは性格を異にする。

(iv) 課徴金を「制裁金」として抜本的に構成し直す案の方が望ましいとも考えられるが、次善の案として、現行法の「非制裁的な行政的措置」という性格を維持しつつ、「不当利得＋社会的損失」を算定の理論的基礎として、若干の強化を図ることを検討すべきである。

(v) 経済学上の、不当利得 (＝超過利潤) だけではなく死重的損失 (デッドウェイト・ロス) をも考慮すべきであるという議論、および課徴金賦課確率を算定の根拠に含めるという案は検討に値する。死重的損失は「不当利得＋社会的損失」に含まれるが、後者 (課徴金賦課確率) は、今の段階では、現行法制度に馴染むか疑問がある。

(vi) 課徴金の対象となる違反行為を、非価格カルテルや私的独占などへ広げることの是非、具体的方法等につき検討すべきである。

本稿では、課徴金の法的性格等に関して補足的に検討する。また、最後の四 課徴金の対象の拡大 (前掲の vi) は、前稿で述べたことを詳細に論じたものである。まだ十分考えがまとまっていない段階での論点提示にとどまる部分も多いので、「補足的メモ」とした次第である。

二 課徴金の目的・性格

1 本報告書の立場

本報告書は、課徴金の目的・性格について、以下のように述べている（傍点は舟田）。

「現行課徴金制度は、カルテルによる経済的利得を国が徴収することにより違反行為者がそれをそのまま保持し得ないようにすることによって、社会的公正を確保すると同時に、違反行為の抑止を図り、カルテル禁止規定の実効性を確保するための行政上の措置として昭和五二年の独占禁止法改正法により創設された」。

「課徴金制度は、……違反行為による社会の経済的厚生^{（一）}の損失を負担又は補償^{（二）}させることで社会的公正^{（三）}を確保し、また、将来に向かつて違反行為の不作爲義務の履行を促すなどの行政上の目的を達成するための行政上の措置として位置付けることができる。」

また、本報告書は、今後の課徴金の強化の方向として、以下の提案を示している。すなわち、「不当利得^{（四）}と擬制できる水準まで徴収するとの考え方を変更して、違反行為のために社会に及ぼした経済的厚生^{（五）}（違反事業者に係る分を除く。以下同じ。）の損失を負担又は補償^{（六）}させるとの観点から、違反行為によって需要者にもたらされる損失と擬制できる水準まで違反行為者から徴収することとする。」

ここで、「経済的厚生……の損失」は、不当利得^{（七）}プラスその他の社会的損失であると考えられる。課徴金の根拠をこのように拡大することよっても、課徴金の目的・性格は変わらないというのが本報告書の立場である。

すなわち、「経済的不利益の水準が不当利得を超える金額の徴収へと変更されることから、課徴金制度の性格が変わり、社会的にみて制裁としての機能が強まることは否定できない。しかしながら、その制裁としての機能は、違反行為を開始した日から違反行為に係る売上額の一定率の金銭を機械的に徴収し、違反行為が終了すれば、その

日以降、徴収しないという意味で、あくまでも、将来に向かって違反行為の不作為義務の履行を促し、また、社会的公正を確保するなどの行政上の目的を達成するために、必要な措置をとることに伴うものであって、過去の違反事実の犯情・犯行後の情況等を評価して科す刑事罰とは趣旨・目的等を異にするものである。」

以上から明らかなように、課徴金の目的は、本制度の当初から、第一に、社会的公正を確保することであり、第二に、違反行為の抑止である。最後の引用文は、社会的損失をも徴収することにより、制裁としての機能が強まるとしながらも、それは上記の目的の達成のために課徴金を徴収することに伴う事実上の機能であって、刑罰とは異なる等の課徴金の法的性格にはただちには係わるものではない（詳細は後述）と位置づけられていると理解される。

ここでは、不当利得は、課徴金の額の算定根拠に過ぎないから、これを不当利得プラスその他の社会的損失に変えても、それが「社会的公正」の確保のためにより適切であると考えられ、また違反行為の抑止という目的により資することになるのであるから課徴金の性格は変わらない、という理屈に基づいていると思われる。

2 「義務履行確保手段」と「行政（法）の実効性確保」

独禁法に限られず、行政法全体の中で、従来から「行政強制」（＝行政上の強制執行）および「行政罰」として扱われてきた問題が、近年、「行政上の義務履行確保手段」、あるいはより広く「行政（法）の実効性確保」（米法におけるエンフォースメントとほぼ同義。ただしこれとは別に、エンフォースメントには、私人による法の実現をも視野に入れるという観点があることは周知の通りである。）のための方法、として論じられるようになって⁽⁴⁾いる。「行政（法）の実効性確保」は、法的な義務違反に限られないから、「行政上の義務履行確保手段」の方が狭いことになる。

一般には、具体の行政法規に基づいて行政庁が行政処分を行い、それに対する義務違反に対し、権限を与えられ

た行政庁によって各種の義務履行確保手段が採られる（Ⅱ行政行為前置型システム⁽⁵⁾）。しかし、行政処分を介さずに直接執行されるのが即時強制であり、その他、法律（または条例）の規定に違反することから直ちに発動されるものもあり（Ⅲ直罰システム）、義務履行確保手段のあり方については一般には後者も含めて論じられている⁽⁶⁾。ここで検討している独禁法上の課徴金は、同法の規定に違反した行為に対するものであるから、「行政上の義務履行確保手段」の一つということになる。

「行政上の義務履行確保」の手段は多様に存在するが、このうち、行政主体が自らの手で国民に対し義務の履行を強制する行政強制制度（代執行、直接強制、強制徴収、執行罰）とは別に、行政罰（行政刑罰と行政上の秩序罰Ⅱ過料）は、過去の義務違反に対する制裁であり、「間接的強制制度」とも呼ばれるように、義務履行を間接的に強制するものである。すなわち、それはあくまでも間接的な効果にとどまり、行政強制の諸手段のように直接的に義務を履行させるものではない。独禁法上の課徴金は、上の整理の中に入れるとすると、後者の類型に属するものであり、特に、過料と似た性格を有する。

しかし、これらの伝統的手段としての行政罰は、第一に、戦前の苦い経験をふまえて基本的人権を尊重した形で再構成されるべきであるという出発点がありながら、十分な整理ができないまま推移していること、また第二に、社会状況の変化および行政活動形態の多様化に対応していず、十分には機能していない、という指摘が数多くなされてきた。

そこでこれに代わる新しい手段として、水道などの給付拒否、氏名・企業名の公表、入札参加排除（指名停止、および一般競争入札の場合における参加資格の否認）などとともに、独禁法上の課徴金が挙げられることが多い⁽⁷⁾。なお、給付拒否、氏名・企業名の公表などの手段、あるいはいわゆる「要綱行政」などは、必ずしも違反行為に対する措置には限られないから、ここで「行政上の義務履行確保手段」より広く、「行政（法）の実効性確保」という

枠組みで考えるべきだという方向が出てくることになる。

ところで、行政制裁を最も広義にとれば、行政庁が法違反行為者に対し何らかの不利益を与え、間接的に義務の履行を強制することと定義されるであろう。これによれば、前述の各種の義務履行確保手段のうち、行政罰のうち、行政刑罰を除き、秩序罰としての過料と、現行の課徴金などの、新しい各種の手段がこれに当たることになる。⁽⁸⁾近年の行政法学においても、前述のような行政罰などをめぐる多様な状況の中で、義務履行確保手段ないし行政（法）の実効性確保のための諸手段すべてを「行政上の制裁」と題して、その下に、行政罰と「その他の行政上の制裁」（独禁法上の課徴金、加算税等）を置く例もある。⁽⁹⁾

独禁法における課徴金については、それが制裁に当たるか否かについての議論は措くとして（後述、二五参照）、昭和五二年の課徴金制度の創設の際には、旧来の過料制度に乗せられないかという検討がなされたようであるが、戦後も残された過料の多くは届出義務違反など軽微な違反行為に対するものが多く、また過料の額も通常は少額にとどまるし、その概念・手続きについても見直さないし改革が必要であるとの議論がなされているので、過料とは別個の制度として課徴金制度が作られたという経緯がある。

また、過料は、「行政の適正な運営を図り、行政上の秩序を保つために一定の届出、通知、登記、登録等をなすべき旨の義務を課し、その義務違反（義務の懈怠）に対し制裁として科すべきもの」⁽¹⁰⁾と理解されてきた。しかし、独禁法は競争秩序の維持という基本的役割を担っており、上記の「行政の適正な運営」、「行政上の秩序を保つ」というより、社会における基本ルールを規定しているという性格を持っている。ここからも、課徴金は「過料」とは異なる性格であるというべきであろう。

3 広義における「課徴金」の意義

課徴金という用語は、もともと広義では財政法三条に見られる。同条は、「租税を除く外、国が国権に基いて収納する課徴金及び法律上又は事実上国の独占に属する事業における専売価格若しくは事業料金については、すべて法律又は国会の議決に基いて定めなければならない」と規定する⁽¹¹⁾。

例えば、空港の特別着陸料につき、「仮に特別着陸料が財政法三条の定める事実上国の独占に属する事業における事業料金に該当するとしても」、国会の議決を経なくても決定できるとの判決がある⁽¹²⁾。この仮の命題（事業料金に該当する）と異なり、特別着陸料が騒音対策を目的として設定されたという事情から対価性を持たないと解すれば、これは「国が国権に基いて収納する課徴金」に当たることになる。

前述の「行政（法）の実効性確保」の一例をここでも見ることができるのであつて、課徴金を賦課する契機は、法の規定または行政処分違反行為に対してという場合に限られず、例えば前掲の例で言えば空港を利用するという事実に対し課される場合も含まれる。別の例として、独禁法上の課徴金を構想する際に参考とされた国民生活安定緊急措置法一一條の課徴金制度は、「特定物資の価格の安定のために」（同法九条一項）定められた「特定標準価格を超えていると認められるときは」、課徴金を納付が命じられるのであつて、ここでは「特定標準価格を超え」る価格による取引を違法としているわけではない⁽¹³⁾。

この点については行政法学の議論において、違法等の規範的評価を伴わない課徴金（タイプA）と、義務違反に対して課される課徴金（タイプB）に分けてその法的意義を検討する方向が示されている⁽¹⁴⁾。なお、それ以前に、強制の対象が違法か適法かを問わない行政強制制度の活用も提案されていた⁽¹⁵⁾。

各種の行政的規制の中でも、特に経済法や環境法の領域では、違法か否かではなく、特定の方向に私人を誘導することによって、政策を有効に執行していくことが必要であるから、このような機能的な観点が重要であろう。こ

の点は、本稿の対象に直接かわるものではないので、これ以上は立ち入らないが、行政制裁ないし制裁金という枠組みだけでは、違法か否かで切ることで済ましてしまうおそれがあるから、前述のタイプ A の課徴金を含めた規制・誘導の重要性、および両タイプを通じた（あるいは組み合わせた）制度構築の可能性が視野の外に出されたままで済まされる危険があることに留意すべきであろう。

4 環境法の領域における賦課金（各種の原因者負担）との比較

国が収納する課徴金は、特に環境法の領域において各種の制度化がなされている（以下では、この領域における通常の呼び方に倣って「賦課金」と呼ぶ）。一般に、国が私人に対し強制的に賦課する賦課金が制度化されるにあたっては、何らかの根拠づけ・性格づけがなされ、環境法の場合について言えばおおまかには汚染者負担原則（P P）に基礎を置いているといわれる。これを詳しく分析した研究による分類は、以下の通り。

- (a) 損害賠償それ自体、あるいはその前払い・立て替え払い（大気汚染防止法二五条、水質汚濁防止法一九条、一九八七年改正前の公害健康被害補償法による汚染負荷量賦課金・特定賦課金など）
- (b) 行政規制の結果として生じる費用負担（環境基本法八条一項、廃棄物の処理及び清掃に関する法律三条一項、一条一項など）

(c) 公共事業における原因者負担（環境基本法三七条、公害防止事業費事業者負担法における「公害防止事業費」の制度など）

(d) 事業者の社会的責任に基づく負担（一九八七年改正による公害健康被害の補償等に関する法律による任意拠出金……金額が確定されず、任意の給付に留まる。）

他に、自然公園法（四七条）、自然環境保全法（三七条）、下水道法（一八条の二）などにも、原因者負担に関する

規定がある。

これらと独禁法上の課徴金との比較をすれば、課徴金は、(a)損害賠償それ自体、あるいはその前払い・立て替え払いには当たらないことは明らかである。課徴金制度ができて、被害者の個別的な私的救済には何の影響もないことには異論なく、制度制定の前後にも、また平成三年の強化改正時においても、私的救済の重要性、その有効性を獲得する方途を追求すべきであるという議論が並行してなされていたのであって、国が被害者に「代わって」徴収するという表現が代位請求制度などを連想させるとすれば明らかな誤解である⁽¹⁸⁾。

ただし、課徴金制度は、私法上の損害賠償請求が相当に困難であって実現され難いという実態をふまえて構築されたのであり、同様のことは、環境法の領域における(a)に挙げた大気汚染防止法等の仕組みについてもいえる。後者は通常、基金システムを採るが、これは「実質的には民事的救済を制度化したものと考えられる場合が多く」、公害健康被害補償法（一九八七年改正前）における賦課金は「民事責任を踏まえた一種の行政上の原因者負担」とされていたのである⁽¹⁹⁾。また、「第一種地域については、因果関係の不明確さを補うため、ばい煙発生施設設置者を原因者集団として捉え、賦課する制度的割切り（因果関係の割切り）をした」ものであり、この点も課徴金の額の算定についての擬制の発想と共通するところがある。

また、独禁法上の課徴金は、原因者負担という性格を有するとともに、その原因は法的に否定的な評価を経たものであり、この点で(d)事業者の社会的責任に基づく負担とは明らかに異なる。(c)公共事業における原因者負担の場合も、明確に法の規定に違反したことを契機として課されるものではないが、原因者に賦課を命じる点で、独禁法上の課徴金に近いと言えようか。ただし、(c)の場合は、国又は地方公共団体が実施する公害防止事業の実施に要する費用を負担させるものであるから、独禁法上の課徴金に移しかえれば、公取委の事務経費を負担させる場合に共通するという事になる。 (b)行政規制の結果として生じる費用負担も同様である。

(c) の場合の原因者負担金の実質は、「民法上の不法行為法を行政法上の制度に転化したものと捉えられている」とされているが、原因者負担金の制度は実定法上、個別の規定に散見されるのみで、一般的制度として確立していないし、これらを広く捉えて整理した議論もあまりないようである。⁽²⁰⁾

以上は、原因者負担原則に基づく課徴金のタイプ分けと独禁法上の課徴金の比較を簡単に試みたにとどまるが、ここでは、警察比例原則に由来する比例原則（警察権ないし規制権限の行使は、その対象となる社会公共の障害の大きさに比例しなければならず、その障害を除去するために必要最小限度にとどまらなくてはならない）⁽²¹⁾ が、これらの賦課金さらには「行政に基づく費用負担一般にあてはまる」と説かれていることに注目しなければならない。比例原則は行政庁の活動、特に裁量統制について説かれてきた理論であり、今日では立法段階と執行段階の二段階において適用されると説かれている。

さらに、この比例原則と類似の内容であるとの指摘もある、「より制限的でない他の選びうる手段」(less restrictive alternatives: LRA) 基準は、裁判所が合憲性審査を行うときのテストに用いられる。これは、法目的が実質的に正当であっても、規制方法ないし規制違反に対する制裁について、その法目的を達成する、より徹底的でない方法、より制限的でない他の選びうる手段を採用することができたか否かを見るものである。⁽²²⁾

課徴金についての立法政策論を展開する際には、上述の行政法・憲法の諸学説において説かれてきた比例原則や「より制限的でない他の選びうる手段」基準を参考に、政策目的の妥当性、その実現のための手法の必要性・有効性、目的と手段の間の比例性等を検討すべきであると考えられる。⁽²³⁾ その際には、前掲の(a)から(d)などのタイプごとに、どのような意味で原因者負担といえるのか、その賦課される額についての算定の仕方等について検討する必要がある。独禁法上の課徴金の性格と算定の根拠についての議論は、このような法的要請に応えるためでもある。

5 「制裁金」の法的意味

独禁法上の課徴金は、「事業者が本来有すべきでない利得の全部または一部を国庫に吸収し、利得行為を無意味にすることによってその行為のインセンティブを弱め」るための制度であるから、制裁的な負担を課して違法行為を一般的に予防することを意図した行政罰ないし行政制裁とは異なる、と理解されてきた。⁽²⁴⁾ 特に、課徴金制度が制定される以前は、価格引き上げカルテルによって得た不当利得を違反行為者がそのまま享受することができたから、「カルテルのやり得」になるので、これを徴収することによって、カルテルをしても「やり得」にはならない、というメッセージを事業者に広めることで、違反行為の一般予防を図ることとされたのである。

ここから、多くの学説においては、課徴金は違反行為者に違反行為の実行前の利益状態に戻すだけであって、それ以上の不利益を課す行政制裁⁽²⁵⁾ 行政罰ではなく、カルテルの発生防止という行政目的を実現するための行政上の措置であり、したがって、課徴金を賦課された事業者に対し、独禁法八十九条以下に規定する刑事罰を課したとしても二重処罰の問題はそもそも生じない、と解されてきたのである。⁽²⁵⁾

これに対し、近時は学説の中で、課徴金制度を改正し、「制裁金」としての課徴金とすることによって（以下、課徴金改正論の中で主張されている場合、括弧付きで「制裁金」と表示する）、その金額の引き上げと減免制度の創設を図るべきである、という主張が有力に唱えられるようになってきた。

この場合の「制裁金」制度とは、第一に、その性格として制裁を与えるという意義を有するものであり、第二に、具体の違反行為の悪質性・重大性に応じて賦課する金額を決定する権限を公取委に与えるものであり、第三に、制裁減免制度を導入することを可能にする、というものとされている。⁽²⁶⁾

この意味での「制裁金」と、今回の報告書で提案された新課徴金とを比べてみると、第一に、後者は、不当利得に社会的損失を加えた額を徴収するものであって、従来の課徴金の法的性格に変更はなく、侵害された競争秩序の

原状回復という意味を持っている、という違いがあるが、第二と第三については共通しており、ただし、その程度は、「制裁金」の方が重い可能性が高い、とは言いうるであろう。

前述(本稿二二)の制裁の定義(行政庁が法違反行為者に対し何らかの不利益を与え、間接的に義務の履行を強制すること)における、違反行為者に対し何らかの不利益を与えるという点をそのままとれば、現行の課徴金もこの意味での行政制裁であることは明らかである。

しかし、これまで多くの議論が、現行の課徴金と「制裁金」を区別していたのは、前述のように、前者は違法行為によって得た不当利得を徴収するのであって、違法行為を行う前よりも不利益な状態におくものではないから、という理由づけによっていた。⁽²⁷⁾この論理をそのまま取ると、不当利得に加えて社会的損失分も徴収するとなれば、この場合の課徴金も制裁金に当たることになるう。

しかし、これは単なる制裁金の定義の問題であるとも言えるのであって、より重要な点は、課徴金の性格をめぐる論点である。すなわち、現行法上の課徴金については、違反行為者に課徴金を賦課するのは、「懲らしめる」、あるいは咎めるためではなく、⁽²⁸⁾社会的公正の維持ないし実現のためであると理解される(本報告書、前述二一参照)。今回の報告書も、不当利得分にとどまらず社会的損失分まで拡張して「徴収することが社会的な正義・公正に適うことである」⁽²⁹⁾、という基本的な立場がある。

もちろん、違反行為者を懲らしめるため制裁を加えることも、広く言えば社会的公正に適うことであるが、現行法上の課徴金においては違反行為者に即した制裁の把握ではなく、競争秩序の受けた被害に着目した課徴金の性格づけがなされている、ということに留意すべきである。

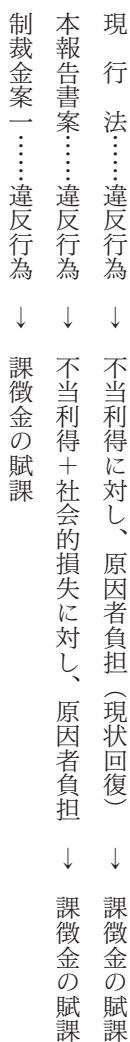
なお、課徴金は違反行為に対する行政処分であるから、非難という要素があることは否定できないであろう。⁽³⁰⁾しかし、それは刑法におけるような倫理性に基づく非難ではなく、法規に違反したということを契機とするので非難

の要素が内在するにとどまるというべきである。すなわち、違反行為に対する（広義の）サンクション（＝不利益処分ないし取扱い）である以上、現行法および本報告書における課徴金にも非難という意味があるが、「制裁的な負担を課して違法行為を一般的に防止することを意図した行政罰⁽³¹⁾」とは異なる性格を有していると理解される。

以上述べてきたところから、現行法上の、また本報告書における課徴金は、広義の制裁金に当たるとしても、従来の議論のように、それ特有の社会的公正を確保するための行政上の措置である、という性格づけをすることにも一定の理由があることになる。

これを比喩的に整理し図示すれば、以下のようになる。この図における矢印（↓）の意味は、現行法を例にとれば、違反行為があれば、社会的公正を確保するために不当利得を剥奪すべきであり、そのために課徴金の賦課がなされる、また、制裁金案を例にとれば、違反行為があれば、その制裁のために課徴金の賦課がなされるべきであり（制裁金案一）、さらに、その根拠を求めれば、不当利得＋社会的損失に相当する額だから（制裁金案二）、という論理の順序を示したつもりである。

なお、制裁金案を三種類出したのは、単に制裁として適切と判断される金額というだけの場合（制裁金案一）と、賦課する額につき何らかの根拠を示す場合（制裁金案二、三）の両方があるであろうと考えたからであるが、これまでの議論の多くは後者であり、私も旧稿で、制裁金とするとしても制裁金案二を採るべきことを述べておいた⁽³²⁾。制裁金案三は、本部会で経済学者から提示された考え方である⁽³³⁾。



制裁金案二……違反行為 ↓ 課徴金の賦課 ↓ その額は、不当利得＋社会的損失に相当
制裁金案三……違反行為 ↓ 課徴金の賦課 ↓ その額の算定式は、次のように表される。

課徴金 ∨ 不当利得／課徴金賦課確率

このような課徴金および制裁金の性格づけは、具体的にどのような意味があるか。二重処罰の禁止との関係は後(二七)に検討するとして、ここでは前述の比例原則との関係で意味があるということを指摘しておく。

不当な利益の剥奪(あるいはプラス社会的損失)か制裁かという、課徴金の性格づけをめぐる議論は、事実としての課徴金の機能ではなく、その法的な性格に関する議論であることは言うまでもない。本報告書における、「課徴金の性格を不当利得＋社会的損失の範囲内とする」という提案も、社会に対する事実上の説得性だけでなく、法的にも意味があると考えたからに他ならない。

課徴金は、国が国民に対し一方的、強権的に賦課するものであるから、賦課すること自体だけではなく、その額についても何らかの合理的な理由づけが必要であり、法の実効性の確保のためという「根拠づけ」があるなら、どんなことでも立法してよいとはならないであろう。⁽³⁵⁾

ここでは特に、前述の比例原則や「より制限的でない他の選りうる手段」基準を、本稿のテーマである課徴金制度の適正な構築の際において参考にすることが有益であると考えられる。また、この点は解釈が分かれるかもしれないが、これらの原則・基準に基づく司法審査が及ぶと考えられる。司法審査については、これを憲法のどの条項に当てはめることができるか等の憲法解釈論はここでは措くこととしよう(根拠条文としては、憲法二二条、二九条、三一条、八四条等⁽³⁶⁾があり得るであろう)。

ともあれ、課徴金は行政庁が私人に対し直接、行政処分の形式で金銭的負担を命じるのであるから、その性格、

および賦課金額算定の考え方を明確にしておくことが、課徴金制度の政策目的、その実現のための手法の必要性・有効性・妥当性の検証につながるものであり、そのためにも上述のような課徴金制度の性格づけ、さらには課徴金の対象となる独禁法違反行為についての実態認識、あるいは経済学等の知見も参照した考慮が要請されるのである。

6 他の分野における課徴金制度の活用

このことと並んで、既に各種の義務履行確保手段をめぐる議論の現状や環境法分野における賦課金制度を瞥見したように、すべての個別の制度は関連・類似する制度との整合性にも目配りしつつ作られ解釈されなければならないことは言うまでもない。⁽³⁷⁾

前述のように、各種の義務履行確保手段は現状では統一的な立法上の指針も、確固たる法理論のようなものも存在せず、全体の体系や具体的には過料について顕著に見られるように学説も多様である。しかし、「行政刑罰の機能不全」⁽³⁸⁾、ないし旧来の行政罰等の行政制裁の不充分性については多くの学説が説いているところであり、少なくとも独禁法上の課徴金のような新しい義務履行確保手段を工夫し活用すべきであるという方向には異論はないようである。

各種の義務履行確保手段をめぐる議論は、戦後すぐの頃は基本的人権の保障という観点からの制度論が中心的な問題意識として共有されていたのに対し、その後の議論では行政刑罰・行政罰の機能不全をどのように克服し、「行政（法）の実効性確保」を図るかという観点に重心が移っているように思われる。既に見たように、環境法の領域では各種の新しい制度化がなされるなどの新しい方向もあるが、この環境法も含め多くの法領域について立法と行政の両面で不十分さが指摘され、様々な提言がなされている。⁽³⁹⁾

ただし、これには同時に、「個々の分野ごとに慎重な事前の適正手続と事後の行政訴訟の途を整備した個別法律

を制定する必要性が導き出されてくる」という観点が伴っていたことも周知の通りである。⁽⁴⁰⁾ この適正手続の要請が、行政手続法の整備等によって顕著な前進を見つつある中では（ただし、特に行政訴訟については現下の改革論議に見られるように問題は残っているように思われる）、独禁法のみならず、それとの連続線上にある金融・証券に関する各種の規制法、また環境法や都市法等々の多くの分野で、機動的効果的な行政制裁ないし課徴金等の経済的インセンティブを活用する行政手法などが、積極的に取り入れられるべきであろう。⁽⁴¹⁾

その際に、独禁法上の課徴金をめぐる議論から示唆されることは、課徴金の性格・根拠づけ、特にその算定根拠について、あまりに厳密な理論的根拠を求めることは、立法裁量を不当に狭め、法目的を十分に達成できなくするおそれがあるということである。⁽⁴²⁾ 現行法の課徴金の算定根拠であるとして説明されている平均的な売上高営業利益率も、不当利得を推定する一つの「とっかかり」という程度に理解すべきであり、かつこれで足りるとすべきであると考えられる。厳密には、平均的な売上高営業利益率と価格カルテルによる不当利得とが理論的に関連を持つものではないということは当然のことであるが、この程度の近似値を求める考え方は立法裁量の範囲内であると解される。⁽⁴³⁾ もちろん、このように述べたからといって、これをめぐる議論を不要とするなどという意味ではなく、より妥当な制度を常に提案し議論することは重要なことであることも言うまでもない。

本報告書についても、パブコメにおける意見として、「課徴金の対象拡大について、その法的根拠、算出方法が示されていない。」「高度寡占市場における首位企業の利潤率と全産業の平均利潤率の差」が、何故に競争事業者を排除する私的独占・不当な取引制限に対する課徴金の算定根拠となるのか不明である。（日本経済団体連合会、事業者）という主張があった。この点について、今後さらに議論がなされるべきであるが、上述のような観点をふまえた上での議論であるべきであろうと思われる。

なお、これは課徴金が不当利得＋社会的損失の範囲まで徴収されるべきであるという前提であるが、これを前述

のような意味での「制裁金」と構成し直しても、ある程度は通用する議論であろう（前述の制裁金案二、または制裁金案三を参照）。もちろん、この場合は、現行法や本報告書における新課徴金の場合よりも、立法裁量および行政裁量の幅は広くなると考えられる。

7 二重処罰の禁止との関係

前述のように、課徴金を「制裁金」として構成し直すことによって、その賦課水準をかなり大幅に引き上げ、柔軟な課徴金の減免・加算制度を導入し、より効果的な制度に変えることができるということには私も異論はない。しかし、その最大の難点ないし問題点は、現行独禁法における刑事罰規定との関係であり、同一の違反行為に対し「制裁金」と刑事罰をともに課すことは、憲法三九条の「二重処罰」禁止の規定に反するおそれがあるという議論があることであつた。

本報告書の後に、公取委事務局が公表した「独占禁止法改正の基本的考え方について」（平成一五年二月二四日付け）は、本報告書の立場を取ることを明示しつつも、「課徴金と法人に対する刑事罰との関係について十分に検討する」と述べ、さらに、パブコメにおける違憲論に対する公取委の「考え方」の中では、「ただし、罪刑均衡原則の問題にも配慮して、課徴金と法人に対する刑事罰との関係について十分に検討する」とされている。

この点につき参考とされる最高裁判決昭和三三年四月三〇日⁴⁴は、制裁としての性格を有すると解されている重加算税（当時は追徴税）と刑罰の併科について次のように判示している。すなわち、「追徴税は、……行政上の秩序罰即ち過料的制裁であつて……刑罰である罰金とはその性質を異にする」から、連脱犯と追徴税を課しても「同一犯罪につき重ねて刑事上の責任を問うものではないから、何等一事不再理の原則に反するものではない」。

制裁であるとされる重加算税に対しこのような判決が下されていることから、制裁ではないと解されてきた課徴

金の場合はおさら、刑罰が科されても憲法三九条に違反しないという議論がなされた。これを意識してか、課徴金と二重処罰の関係につき、ラップ価格カルテル刑事事件⁽⁴⁵⁾東京高判平成五年五月二日は、課徴金制度は、「一定のカルテルによる経済的利得を国が徴収し、違反行為者がこれを保持しないようにすることによって、社会的公正を確保するとともに、違反行為の抑止を図り、カルテル禁止規定の実効性を確保するために執られる行政上の措置であって、カルテルの反社会性ないし反道徳性に着目しこれに対する制裁として科される刑事罰とは、その趣旨、目的、手続等を異にする」として、憲法違反の主張を斥けた。

ここで、「制裁として科される刑事罰」という文言に着目し、この「制裁」とは、刑罰に限られず、実質的な意味で解すべきであるから、ここでも課徴金が「制裁」に当たるか否かが問題であるという議論にも一定の根拠があるとする余地があると考えられる。もちろん、この判決は行政的措置と刑事罰との併科が憲法違反ではないという形式論を述べたに過ぎない、と理解することも可能ではある。

さらに、シール談合課徴金審決取消請求事件⁽⁴⁶⁾最判平一〇年一〇月一三日は、前記の重加算税に関する最高裁判決を引いて、「憲法三九条、二九条、三一条に違反しないことは、最高裁……昭和三十三年四月三〇日大法院判決……の趣旨に徴して明らかである」とし、これで現行法上の課徴金についての二重処罰に関する問題に決着が付いたように見える。なお、過料と刑罰の併科についても合憲とする最判昭和三十九年六月五日⁽⁴⁷⁾などがある。

しかしながら、加算税等や過料と刑罰の併科をめぐる⁽⁴⁸⁾て、刑法学・行政法学・租税法等においては、二重処罰の禁止についてより厳格に考える説もある。

この点をもっとも詳細に展開した田中利幸氏によれば、理論的には、基本的に刑罰が科される要件と、行政制裁が課される要件が同一またはほぼ重なる場合、制裁としては一つで足りるはずであり、倫理的非難の有無、手続・目的が異なることを理由とする併科を肯定する議論は説得的ではない。⁽⁴⁹⁾「法律に罰則の定めのあることはその義務

の不履行に対して加えられる害悪の限度を示したものである⁽³⁰⁾」という理解によれば、刑罰に加えて行政制裁を加えることは一切許されないということになる。

もつとも、同氏もこのようなリジッドな考え方だけに固執しているわけではなく、現行法上の課徴金が不当利得を剥奪する性格のものとする制裁ではないから二重の処罰・二重の危険の問題は生じないとし、さらに、制裁的色彩を帯びる場合にも、算定式が不当利得との関連性を持っていること、何らかの擬制を採る他はないこと、機動的に活用されなければ実効性は半減する等から、「若干はみ出す場合もそれは部分的であり、不可避でもあるから、課徴金制度維持の必要性・合理性の高さとの比較で、刑罰との併科を肯定してよいであろう⁽³¹⁾」と述べる。

これとは別に、同氏も触れていることであるが、慎重な運用と適正な量刑を前提に併科を認めることもあり得るとする議論もあり、私も前稿で、「刑事罰の量刑において、課徴金を賦課されたという事実を斟酌して具体的な量刑が行われるとすれば、実質論としても二重処罰には当たらないと解される⁽³²⁾」と述べた。しかし、これについては、「制度的には加算税が刑罰の後に課されることもありうる⁽³³⁾」とすれば、適正な量刑が不可能になるとも考えられる。これは課徴金納付命令に対する取消訴訟が刑事訴訟よりも長引く場合にあり得る事態かもしれないが、これは稀なケースであり、この危険があるときには訴訟指揮等のレベルでの何らかの工夫ができないものであろうか。

なお以上の議論は、重加算税という戦後の特殊な制裁と刑罰の併科という具体的な素材を前提としたものであることにも留意する必要がある。重加算税については、実質的にかなり過酷なものであるという認識は当時の違憲論についての多くの議論の前提であったようである。実際、最高裁の合憲判決が出た後に、その過程で出ていた違憲論ないし疑問に答え、昭和三七年、国税通則法制定によって重加算税は引き下げられ、「実質的に過重な制裁を避けようとする改正の方向を正當に評価しなければならない⁽³⁴⁾」と評されるに至ったのである。

以上の議論は、憲法三九条が、訴訟上の問題（端的には、二重起訴の禁止）だけでなく、実体法上の問題でもあ

り、複数の刑罰法規を適用すること、あるいは、刑罰と同時に実質的に刑罰と同様の性格を有する制裁をも課すこととの禁止と解する余地がある、ということ⁽⁵⁵⁾を前提としていると思われる。

これに対し、憲法三九条が、訴訟上の問題だけにかかわり、二重起訴の禁止だけを規定していると解するなら、上述の課徴金をめぐる二重処罰の問題はこれに関係するものでないことは明白であり、残る問題は罪刑均衡原則にふれないかという点だけになる。これに拠って刑罰と（現行法上の、また本報告書で提案されている）課徴金を併科することについては、既に詳細に検討した論考が出ていることもあり⁽⁵⁶⁾、ここではこれ以上立ち入らないことにする。

ただ、ここでは以下の疑問を提示しておく必要があると思われる。すなわち、課徴金についての前記二判決は、憲法三九条が、訴訟上の問題（端的には、二重起訴の禁止）だけでなく、実体法上の問題でもあることを前提にしているように読めるということである。前掲の東京高判平成五年五月二日は、課徴金の性質論から二重処罰を論じているのであつて、罪刑均衡原則などには触れていない。また、最判平一〇年一〇月一三日は、「最高裁……昭和三三年四月三〇日大法院判決……の趣旨に徴して、明らかである」とするので、この傍点部分をどのように理解するかを問題にする余地がある。両判決とも、課徴金が刑罰でないことは当然であるが、それでも二重処罰の禁止原則について問題として取り上げる可能性があるという立場から論じていて、結論は同禁止原則に触れないとしたと読めるのである。

8 各種の改正提案について

本報告書は、これまでの課徴金と刑罰に関する現行法上の制度と公取委の運用実務を前提にし、さらにその強化を図ろうとする立場をとっており、私もこれに賛成するが、これに対しては、本稿冒頭に挙げた経団連意見など多

様な批判と代替案が提示されてきている。ここで、それらすべてについて詳しく検討することはできないが、簡単にコメントしておこう（以下では、制裁金として述べるが、その多くは現行法の課徴金ないし本報告書の提案する課徴金についても妥当する）。

第一に、経団連意見が示唆する米国に倣って刑罰だけにしてはどうかという議論は、わが国の行政刑罰一般について有効に機能していないという批判が強いという全体的状況の中では極めて疑問である。

行政刑罰の機能不全⁽⁵⁷⁾については、行政上の義務を課す行政機関（独禁法については公取委）と行政刑罰を科す組織が分かれていることから生じる問題（検察官が起訴にまで踏み出すのか不確定なこと、行政機関が自己の組織の中で処理しようとする傾向があること等の事情から、告発を自制する傾向がある。また、検察庁の合意がないと告発しにくいという逆方向の要素もある）、刑事手続には膨大な時間と労力がかかるが、行政法規違反の事例は大量にあること、警察・検察・裁判所といった刑事事件組織が比較法的に見て小規模で、殺人、強盗などの重大な刑法犯の処理で手一杯であり、それ以外の行政処罰を好まないこと、建築基準法などにおいて顕著に現れているように刑罰に威嚇力がないこと、などが指摘されている。

実際、公取委の取り上げる課徴金対象事件は、年間数十件あるが、刑事罰については、公取委が告発するのは悪質かつ重大な事案だけで、過去の告発はこれまで一〇件に過ぎない（有罪七件、無罪一件、係属中二件）。もちろん、これは悪質かつ重大な事案に絞ったからという理由はあるが、本来告発すべきであったと批判された事例もある。

刑事罰に一本化した場合は、多くの事案が排除措置だけで済まされてしまうであろう。争うとしない違反行為者に行政命令だけで賦課できる課徴金は事案の迅速処理という点で有効性が大きいことは明らかである。⁽⁵⁸⁾

また、上述の実際上の、または手続・組織上の問題の他に、刑事罰を科す際の立証責任が独禁法違反とする際のそれよりも加重される点があると解され（この点は後に述べる）、この面からも排除措置だけで終わってしまう事案

が増えると思される。

第二に、右とは逆に、EUにおけるように、刑事罰を廃止し、「制裁金」だけにするという案に対しては、刑事罰の意義は大きく、これを廃止することは、独禁法違反行為に対する制裁が不充分になると考えられる。

この点については前稿で詳しく述べたが、ここでは、刑事罰の持つ感銘力ないし社会的評価の重さ、およびそこから生じる特有の抑止力に力点を置いた。その他、経済犯罪ないし行政刑罰の全体の中で、独禁法違反行為だけ刑事罰を外すということの体系上の問題もある。

ただし、これに対しては、法人処罰それ自体に対する批判がある。例えば、「法人は、過料や課徴金、重加算税といった行政的な制裁と刑罰の違いを感じ取ることができず、損失額を重視するからである」という見解は、法人処罰消極論につながるものであろう。この議論の基礎には法人の犯罪能力否定説があるようであり、その是非をここで論じる能力は筆者にはないが、法人の組織としての独禁法違反行為の実態を見れば、具体の役員・社員の意識・行動様式が組み合わさって組織として違反行為をすることになると推測され、集合としての法人の犯罪行為として捉えるべきもののように思われる。

これとは別に、「制裁金」説の背後にあるのは、前述の行政刑罰の機能不全という実態を踏まえ、多くの行政犯などについて非刑罰化（ディスクリミナリゼーション）および非刑罰的処理（ダイバージョン）⁽⁶¹⁾ という方向が指摘されているということがある。具体的には、高度の違法性・有責性を有する行為に限定して刑罰を科し、それ以外の行政犯・違法行為に対しては秩序罰等の行政制裁を課す方向が主張されている。⁽⁶²⁾ 些末な行政処分違反や届出義務、行政上の規則の違反に対してまで、行政刑罰を科すとする規定が多いことに対しては、この方向は妥当性を有しているように思われる。

しかし、独禁法上の諸規定に違反する行為、ことに「競争を実質的に制限する」ような行為は、ほとんどの場

合、「組織ぐるみ」、「企業ぐるみ」の反社会的行為であり、市場経済秩序を維持することが重要な課題となっているという認識が社会的に認知され、裁判所もこのことを認めるようになってきた現在、高度の違法性・有責性を有すると評価すべきであると思われる。これを前提とすれば、他の軽微な違反行為の多くに刑罰規定を残している現状で、独禁法違反行為だけ非刑罰的処理に変えるのは体系上バランスが悪いように思われる。もちろん、独禁法から始めて非刑罰的処理への改革を進めるということもあり得るし、刑罰と制裁金の違いが社会でどのように受け取られるか等の認識次第でもある（また、後述の第四および二九をも参照）。

第三に、法の規定上は刑事罰と制裁金のどちらでも、また双方を科すことも可能としておき、事案毎に、軽い違反行為には制裁金だけを、また悪質かつ重大な違反行為には刑事罰だけを課す、という運用上の振り分け方式を提案する議論がある。⁽⁶⁴⁾

これに対しては、既に指摘があるとおり、刑事罰は最高五億円で、課徴金は現状でも百億円規模の金額になることもあり得るといふ格差をどう考えるかを検討する必要がある（これまでの最高額は、刑事罰では株式会社クボタに対する一億三千万円が最高額⁽⁶⁵⁾、課徴金では日本セメントに対する一五億九千万円余⁽⁶⁶⁾。このままでも、刑事罰にはそれ特有の峻厳性があり、犯罪者に特有の痛みを与えるのであって（烙印付け機能⁽⁶⁷⁾、倫理的非難という本質や世間の評価、科される金額だけの問題ではない、という意見もあろう。それにしても、一桁違ってくるのでは、アンバランスがひどすぎると言わざるを得ないと思われる）。

また、刑事罰と制裁金の振り分けを運用で行うには、公取委において各種の手続的な問題があることの他に、刑事罰を課す場合には、独禁法の実体規定に該当するとする場合と比べ、より厳しい要件が課され（違法性の意識⁽⁶⁸⁾、また、より高度の立証が要求されるとすると、悪質・重大な違反行為をした事業者が起訴されず、または無罪になり、課徴金を課される事業者との間に不均衡が生じる可能性がある）。

第四に、法の規定それ自体において、個人には刑事罰だけを科し、企業に対しては制裁金だけを課すと定めるといふ振り分けを定めるといふ提案もある。⁽⁷⁰⁾これは実質的には、前述第二の制裁金一本化説に近く、個人に対する刑事罰の可能性を残しておくという点だけが異なる。刑事罰を廃止し、制裁金だけにするという方向は、制裁金に対する積極的評価に基づくものであるとともに、刑事罰の機能に対する消極的評価によるという面もあると思われる。この点について、以下再考してみよう。

9 違反行為をめぐる企業内の実態と制度

個人に対する刑事罰のあり方については、独禁法違反行為に関する法人（企業）とその役員・従業員の関係の実態を見る必要がある。

独禁法違反行為には、「会社ぐるみ」、「組織犯罪」というに相応しい実態があることから、かなり以前は、例えば、有罪判決が下りた石油価格カルテル刑事事件（最判昭五九・二・二四刑集三八巻四号一二八七頁）では、役員クラスの者が被告人であった。しかし、同時に問題となった石油生産調整刑事事件（前注68参照）では、違法性の意識がなかったし、それには相当な理由があるとして、被告人に同情的な判決が出て議論になった。当時は、仮に有罪判決が下りて刑事罰を受けた場合も、彼らは会社のために「前科者」となったのであるからとして、会社が何かと面倒を見ることが多かったと推測されている。

しかしその後、独禁法違反が重大な犯罪であるとの認識、あるいは刑事罰が下され社会的にも厳しい非難を受けるといふ認識が強まる。平成二年、相次ぐ違反事件や日米経済構造協議等を契機として独禁法の強化への動きの中で、公取委は悪質かつ重大な事案については積極的に告発するという方針を公表、平成四年、罰金額を五〇〇万円から一億円に引き上げ（その後、五億円に引き上げ）、これらを受けて、公取委が一七年ぶりの告発をしたラップ価

格カルテル刑事事件判決（前注45）において有罪判決が下され、さらにシール談合刑事事件判決（東京高判平成五・一二・一四高刑四六卷三三三三頁）も有罪判決を下し、これらと並行して独禁法遵守マニュアル策定の動きがあり、この過程で企業側は大きく対応を変えてきたと推測される。

例えば、平成一年の防衛庁石油製品談合事件⁽⁷¹⁾では、驚くべきことに、ある被告会社の被告人は会社から退職を余儀なくされた。会社側は、社内で独禁法遵守のマニュアルを配布し、当該被告人を含む全社員が法令遵守誓約書の提出を求められて署名しており、会社としては独禁法違反を厳に戒めているのであるから、本件行為は当該被告人の全くの個人プレーであり個人的責任の問題であるという理由によるようである。

このような会社と従業員のドライな⁽⁷²⁾関係は、最近ではむしろノーマルな現象のようであり、本部会の委員の所属する会社が本部会で検討している最中に勧告を受けたが、当該委員は右記の石油会社と同様に、万一社員が独禁法違反行為をしたということが明白になった場合、会社は懲戒解雇すると明言していた。

これらの事例でも、実態は「会社ぐるみ」の組織犯罪ではなかったかとも推測される。しかし、その具体的な行為態様としては、独禁法違反行為のうち特に談合などは、「企業における従前からの方針に基づいて比較的末端の従業員が上位者による具体的指示に基づかず事務的レベルで行うケースが多い」⁽⁷³⁾。このことは、法人税法違反など他の経済犯罪の中で、独禁法違反事件の行為者（有罪を受けた者）は比較的下位の「役員以外の役職者」が七四％強であるという特色として現れているといえよう。

他方で、独禁法違反とされた会社は、他の経済犯罪の中では、資本金五〇億円以上の大企業が多いという特色がある。それらの大企業では、独禁法遵守マニュアルを配布するなどのコンプライアンス・プログラムを整備し、会社の明示的な経営方針としては独禁法違反はしないとしておくことは、経営者として当然のことである（また、従業員が違反行為をしていることを実際に知らない経営者が多いということかもしれない）。したがって、独禁法違反に当

たる営業活動を組織的に行っていたことを示す明確な文書等の証拠はない場合がほとんどである。

なお、この会社側の懲戒解雇などの措置が労働法上不当解雇とされず社会的にも通用するとなると、コーポレート・ガバナンス（企業統治）の要請が強まる中で、コンプライアンス・プログラムの整備は会社（および代表者・役員）の免罪符として機能することになる。

ところで、このような状況があるとする、これらの従業員は何故に談合行為を行うのか。もちろん、個別の事情は多様であろうが、推測しうることは、第一に、コンプライアンス・プログラムがあるにもかかわらず、従業員が独禁法のことをよく知らない、第二に、少しは知っている場合が多いとしても、営業成績をあげることが強く要請されており、従来通りの取引を継続できなくなると社員としての評価に影響するなどからやむを得ず違反行為を行うに至る、第三に、企業の談合体質ないし慣行を、一社員が社内です上司への意見表明や職務命令拒否あるいは社内・社外への内部告発等によって変えようとするには大変な困難が予想される、第四に、談合の多くは「官製談合」であり、官（発注者）側から強く談合による受注活動をするように要請される（談合に加担しない場合は指名停止などの制裁があると仄めかされる）、などの諸事情であろうか。

これに加えて、近年の談合が明確な基本合意としての内容や形態を持たない曖昧なものが多くなっていることをふまえると（後述、三・一参照）、刑法上の責任主義を厳格に維持する限り、談合の実行者である比較的末端の従業員だけが違反行為をしたとされるにとどまり、その上司や役員、さらには当該法人の代表者（独禁法九五条の二・いわゆる「三罰規定」）の責任を追及することは不可能に近い。

しかし、上述の違反行為がなされる背景を見ると、末端の従業員は、たとえ明示はなく曖昧なものであっても会社の方針として違反行為を行ったのであって、彼らの主体的な判断に基づく単独犯行でもない。また、彼らは当該行為によって何らの個人的利得を得るわけではなく、その成果はすべて所属する企業にもたらされるものであるこ

とも言うまでもない。

従来、若手社員や下級従業員ではなく、業務につき重要な決定権を与えられた上級職員・役員を刑事罰の対象とすべきであり、検察庁も、「トカゲのシッポ切り」を許さないような法適用が要請されていると主張されてきた。また、三罰規定における代表者の責任は、「違反の計画を知り、その防止に必要な措置を講ぜず、又はその違反行為を知り、その是正に必要な措置を講じなかつた」場合にのみ科されると規定されているため、故意犯の場合にだけ適用されると解され、実際の適用例は皆無であるが、これを重過失の場合にも適用されると解すべきであるとの主張がある。⁽⁷⁴⁾しかし、これらの解釈論も前述のような違反行為の実態の前には全く無力であるように思われる。

以上のように、末端の従業員を実行行為者として刑罰を課すことの不合理性がより顕著になりつつある中で、刑事罰を諦め行政的な制裁によって会社の責任をより厳しく追及すべきであるという意見が出るのは当然であると考えられる。前記の各種の改正提案の第二以下の諸提案は、このような実際の考慮に基づくものとして傾聴に値すると思われる。今後の検討課題は、本稿でとった刑事罰をなお重視し続けるという立場が、既に実際には妥当しない、あるいはそのコスト（告発・訴訟遂行の事務負担）に見合うだけの成果が見られないと判断すべきかであろう。

この点に関連し、本報告書では、「第一部第三 刑事告発手続・罰則規定の見直し」において、犯則調査権限その他の制度改正の提案を行っている。これらの動向を踏まえながら、検討が続けられるべきであろう。

なお、独禁法違反行為は、現行法では公取委の告発によって刑事手続が開始され、また、それにもかかわらず公訴を提起しないときは、検事総長が内閣総理大臣にその理由を報告しなければならぬと規定されていることから（独禁法七三条二項）、告発を容易にはできないという面がある。それに関しては、前述（二八）の第一点で挙げた諸要因があるほか、「国の行政機関として告発を行うにあたって、犯罪の成立及び処罰価値等について、相当程度の確信を持つことが必要である」とされ、また、「実行行為者たる自然人についての犯罪成立を前提とする両罰規定

の適用が必要とされる」ことから、事業者を名宛人として行う行政処分と異なり、「必要とされる証拠のレベルは相当程度高いものになる」と考えられている。⁽⁷⁵⁾

そこで、独禁法と切り離して、刑法上（現行の談合罪とは別に）、あるいは別個の特別法で入札談合に対し刑事罰を科す制度を作るという案もあり得ると考えられる。⁽⁷⁶⁾

三 課徴金の算定をめぐる諸問題

1 入札談合事件における個別物件の立証に係る問題

本報告書（第一部の第二、五(1)）は、課徴金対象となる違反行為につき、以下のように述べる。

「ア 問題点 最近、入札談合事件において、基本合意（受注予定者の決定に係る基本的な合意）の対象となっている物件について、個々の物件が課徴金の対象となるか否かを争点とする審判事件が増大している。このように、基本合意の対象範囲内の物件について個別物件の受注調整に係る立証まで求められるという実態は、課徴金制度の本来の趣旨に合致しているといえるかという問題がある。

イ 対応策 課徴金制度の趣旨は、違反事業者が得た現実の経済的利得そのものとは一応切り離し、一律かつ画一的に算定された金銭を徴収することでカルテル禁止規定の実効性を確保しようとするものである。こうした制度趣旨を踏まえると、本来、個別物件についての受注調整の状況まで立証することは想定されていないものと考えられる。また、基本合意の対象範囲内にある個別の物件について最終的に受注予定者が明確に決定されなかったとしても、基本合意に基づいた調整が行われたことに変わりはなく、この場合を含め基本合意は機能していたものと考えられる。したがって、一定の取引分野において違反事業者が供給したすべての商品又は役務を課徴金の対象とすることが適当である。」

ここで指摘しておくべき点は、右の引用文における最後の部分、「基本合意の対象範囲内にある個別の物件について最終的に受注予定者が明確に決定されなかったとしても、基本合意に基づいた調整が行われたことに変わりはなく、この場合を含め基本合意は機能していた」、ということにかかわる。近年の多くの談合事件においては、明確な基本合意が存在しない場合が多く、個別合意から逆に基本合意を推認するに近のような審決例も出ている。内容・対象範囲等が不明確あるいは曖昧な基本合意の場合、個別の入札ないし取引（これを「物件」と呼ぶ）が、当該基本合意に含まれるかどうかが争われる事案が増えている⁽¹⁷⁾。

特に、基本合意に含まれる物件であるという了解が一応あっても、落札者を決定する明確なルールがない等の事情で落札希望者間で調整がつかないことがある。

例えば、技研システム国家賠償請求事件においては、ある物件について、落札希望者以外の相指名業者は受注不可能と考えられるような高い価格での応札（逃げ札）を行うが、落札希望者二社はお互い譲らず、当該二社間で結果的に競争入札に近い実態になった、「談合くずれ」あるいは「破談事件」とでも呼ぶべきケースである。本件につき、公取委は勧告を行なったが、審判の結果、違反行為がないとの審決を下し、被審人（技研システム）が国に対し国家賠償請求を求めた。東京高裁は、「本件勧告前に公正取引委員会においてさらに補充調査をおこなっていたら……原告について措置勧告をしないという結論を導く余地が十分あった」としながら、「当時の証拠に照らして……本件勧告を行ったことが、その職務上の義務に照らして不相当なものであったとまではいえることができず」として、請求を棄却した。

他方で、この種のケースで先例とされている協和エクシオ事件¹⁷⁸課徴金審決（前注78参照）は、以下のように述べる。「独占禁止法第七条の二に規定する「当該商品又は役務」とは、「当該違反行為」の対象になった商品又は役務全体を指し、本件のような受注調整の場合には、調整手続に上程されて、具体的に競争制限効果が発生するに至

ったものを指すと解されるところ、本件横須賀・横浜基地物件については、最終的には、被審人と日電インテクがお互いに譲らず受注予定者を一社に決めることはできなかったが、本件基本合意による調整手続に上程され、その結果右二社に受注希望者が選定され、また、二社を除くかぶと会会員中の入札参加者は二社のいずれかが受注できるように協力したものであることが認められる……。してみると、右は、受注予定者を最終的に一社に決めてはいないが、当該市場に対し、具体的に競争制限効果を発生させたものである」(審決案、第三、四(二))。

さらに、この点が再度争われた水田電工事件Ⅱ課徴金審決(前注78参照)では、以下のように立証責任の分配につき述べる。

「基本合意の対象類型に属する個別物件については、基本合意に基づき合意の内容が実行される蓋然性は極めて高いと認められる。したがって、被審人が受注した物件が違反行為に係る基本合意の対象工事の範疇に属することを立証すれば、それらが基本合意の拘束を受けたことを優に推認できるものであるから、個別合意まで立証する必要はない。仮に、基本合意の対象から個別に除外された物件があるというのであれば、それは例外的事情であるから、被審人側がかかる特段の事情を個別具体的に主張立証すべきである」(審決案、第四、一)。

以上を整理すれば、技研システム事件では、(1)基本合意の対象に含まれない、しかし、(2)調整手続(この場合は、基本合意に基づく調整手続ではないとされているから、単に話し合いがなされたに過ぎない)に上程され、しかし、(3)調整がつかず、二者間の競争になってしまった、と認定されている。

これに対し、協和エクシオ事件審決や水田電工事件審決によれば、(1)基本合意の対象に含まれ、(2)個別物件につき調整手続に上程されても、(3)調整がつかず、二者間の競争になってしまった場合も、(4)「特段の事情」が立証されない限り、具体的に競争制限効果が発生した、と認定されたということになる。

この例に示されているように、個別の物件が一応は基本合意の対象範囲内にあると認められ、調整が行われた

が、結局調整が不成立に終わった場合については、本報告書の前掲引用部分にあるように、「基本合意は機能していた」と見るのが通例であるが、「特段の事情」が立証されれば当該物件については個別合意がなされなかったと認定される余地があるとされてきたように思われる。

この問題については、多くの論点が複雑にかかわっているようであり（例えば、基本合意と個別合意の関係、「相互拘束」と「共同遂行」、「一定の取引分野」はどの範囲か、情況証拠による立証等）、ここで詳細に立ち入ることは差し控えるが、少なくとも、前記引用の最後の部分は、これまでのいくつかの審決例や上記判決例などと若干食い違う解釈を示したように読める、ということを指摘しておく。

2 直接の取引のない事業者の扱い

シール談合課徴金審決⁽⁷⁹⁾において、社会保険庁との直接の取引がない、したがって売上のない下請事業者（日立情報システムズ）は、他の三社とともにカルテルの参加者であり、刑事事件で有罪判決を受けながら、課徴金は徴収されなかった。過去にも、多くの事件において同様の処理がなされており、これが公取委の解釈・運用の仕方として定着してきているといえよう。

当該商品の売上のない事業者には課徴金は賦課しないという運用は、独禁法七条の二第一項における「売上額」の解釈として妥当であり、また「不当利得」の徴収という前提に立った現行課徴金の性格から見ても、一定の合理性を有すると考えられる（その理由は後述）。

しかし、課徴金の趣旨の基本が違反行為の抑止であるとするれば、違反行為による直接の取引から得られる「売上額」だけを賦課の対象とするのでは、直接の取引のない事業者が全く課徴金を課されずに済んでしまうことになり、実質判断として不十分のようにも思われる。⁽⁸⁰⁾

たとえば別の例で、四国ロードサービス(株)⁽⁸¹⁾ほか三社に対する件は、日本道路公団四国支社の保全工事の競争入札について、これまで受注を独占してきた四国ロードサービスの談合の勧誘に対し、中国地区において保全工事の受注実績を有する三社がこれに応じて、落札しないような「逃げ札」を出して、四国ロードサービスの独占的受注に協力した、という事件である。

この場合に、売上のない事業者がなぜ違反行為を行うかという点と、中国地区三社は四国支社に対する売上はないが、競争制限的行為に加担し、何らかの見返りを得たのであろう(おそらく、中国地区の道路公団の保全工事に四国ロードサービスが参入しないという地域分割)。しかし、この推測を裏付けるような事実は審決では現れていないので、課徴金は四国ロードサービス一社のみに対し課せられている。⁽⁸²⁾

別の例で、日本医療食協会事件においては、日清医療食品・メディカルナックスの二者間、あるいはそれに日本医療食協会を加えた三者間の不当な取引制限に当たり、本来であればこれらすべての行為者に対し課徴金が賦課されるべき事件であったように思われる。もっとも、実際にはここでは不当な取引制限ではなく私的独占に当たるとされたので、課徴金の問題は生じなかった事案である。本件の場合には、日本医療食協会には医療食の売上はないが、日清医療食品の販売価格が安定すれば、販売価格の一定率を検定料としている自らの収入も安定するから共謀したと推測される。⁽⁸³⁾

四国ロードサービスや日本医療食協会事件のようなケースは稀にしか生じないであろうが、シール談合事件のようなケースで、売上のない事業者がなぜ違反行為を行うかという点については、直接の取引を行った事業者が違反行為で経済的利得を得て、それが下請代金という形態で自らにも回る仕組みになっているからであると考えられる。

このような場合に、仮に売上のない事業者に下請取引に基づく課徴金を賦課すると、「課徴金の二重取り」の弊

害が生じるということから（この点については、前出のシール談合課徴金審決を参照）、前述のような現在の解釈・運用も妥当であると述べたわけである。

しかし、本報告書の立場に立つて、不当利得だけではなく、社会的損失も徴収するとすれば、後者（社会的損失分）は、直接の取引のない事業者にも賦課することができるようにも思われる。この場合には、全体の社会的損失を個々の行為者に、それぞれの売上高に応じて配分するという方法が採られることになろう。ただし、これに対しては、具体的な算定方法として、売上高ないし経済的利益のような何らかのベースとなるものがないと、社会的損失分を加算するのは難しいという意見もあるであろう。

3 社会的損失の総額の算定と寄与分に応じた配分

前稿では、競争制限行為による不当利得・社会的損失の中身として、取引の相手方に限られず、取引の相手方と取引する間接の取引相手方など、当該取引の上流・下流の事業者に与える損害ないし悪影響、当該商品に関連する商品等の取引を行う事業者に与える損害ないし悪影響、死重損失、当該産業における革新的契機、効率化への努力をつぶすこと等を挙げた。

これらは、抽象的、一般的には言えるが、そこから直接、どのような損害等を取り戻すべきであると考え、賦課すべき課徴金の額の算定に直に結びつけるとすると、これは具体的、個別的な考慮が必要になってしまい、実際には不可能な算定を行うことになる。

もともと、右に挙げた不当利得または社会的損失の中身は、課徴金と社会的公正とを結びつける理論的根拠ではあるが、算定の直接的基礎ではないと解すべきである。算定の直接的基礎を、個別具体的な不当利得または社会的損失に求めることは、立法技術的に不可能に近いし、また実際の運用を著しく困難にし、課徴金制度の機能麻痺を

もたらすことになろう。

社会的損失の算定については、例えば、現行法上の課徴金の算定の基礎である売上高の六％に、その半分あるいは同じ割合を加えるとする、あるいは、「競争の実質的制限」は当該市場全体に悪影響を与えるということから、当該商品に係る売上高全体（産業の規模）の五％または一〇％と見なし、これを行為者の間で、当該「一定の取引分野」に係る、各事業者の売上高に応じて配分するという方法はどうであろうか。

さらに、関連産業分野（たとえば当該商品の原材料、または当該商品を用いて製造・提供される商品）も当該談合の影響を被って価格が上昇したということが何らかの資料から合理的に推測されれば、これらの影響をも課徴金の算定の基礎に加えることができることも考えられる。この場合も、事柄の性質上厳密な立証を要求することはできないから、何らかの擬制を用いるか、当該談合が消滅した後の価格の下落についての資料等から推測すること
で足りるとするべきであろう。

それとも、売上高ではなく、当該事業に対応する総資産（多角経営をしている事業者も多いから、その場合にはこの
ような限定が必要になる）の三％などの算定方法があり得るか、今後の検討課題であろう。⁽⁸⁴⁾

四 課徴金の対象となる違反行為の拡大

1 行為要件の明確性

既に数年前から、課徴金の対象とすべき行為類型を、特に私的独占についても拡大すべきであるという意見が
出されていた。⁽⁸⁵⁾

私的独占にも課徴金を賦課すべき理由は、これらに説得的に述べられているので、ここでは繰り返さない。しかし、まだ具体的な提案はほとんどなされていないようであり、今後より綿密な議論が期待される。以下はその一つ

の叩き台として提示するものである。

その際の基本的観点は、重大な独禁法違反行為であって、違反事業者が違反行為によって明らかに不当利得・社会的損失をもたらすこととなるものに対しては、現行法上の価格カルテル等と同様に、課徴金を賦課すべきであるが、他方で同時に、前述のように要件の明確性の要請に応えるために、どのような行為類型が考えられるか、ということがある。

価格カルテル以外の競争制限行為、すなわち私的独占や、「対価に係る」ことのない不当な取引制限にも課徴金を賦課することの最大の難関は、違反行為の具体的な行為類型を明確化することが困難である、という点にある。

この点から米国でいう「ハードコア・カルテル」に限って「制裁金」としての課徴金を賦課すべきであると主張する説もある。⁽⁸⁶⁾ただし、そこで比較している米国の場合は、日本の課徴金と違って刑事罰をかけるのであるから、構成要件明確性の要請は日本の場合よりも厳しくなることに注意すべきであろう。言うまでもなく、「明確性の原則」は刑法における議論であり、その基礎には罪刑法定主義の原則があるのに対し、行政法・民事法の領域では、「不確定概念」が不可避免的に用いられており、問題は、それを裁判所が有効に審査できるか（行政法においては特に「裁量統制」という課題、またそれと並んで、行政手続・組織法において違法・不当な裁量を予防するような制度を構築するという課題が重視されてきているのである）。

また、米国との比較で重要な点は、第四回の部会議事録における発言にあるように、米国でいう「ハードコア・カルテル」を日本では私的独占としている例が見られる、ということである。日本の独禁法における不当な取引制限の要件、特に「相互拘束」・「共同遂行」の解釈はかなり狭く、米国でハードコア・カルテルとなる行為も、日本の場合には私的独占に該当とする他はないという例が少なからず存在する。すなわち、米国で刑事罰の対象となる行為が、日本では課徴金の対象にもならない、ということである。

実体法上の要件に関する解釈・運用がある程度固まっているとすれば、不当な取引制限や私的独占などの実体法上の要件をどのように改正するかという立法論も、重要な課題であろう。しかし、解釈論で解決できるという説も⁽⁸⁸⁾あり、この点も検討を要する。

さらに、私的独占行為を課徴金対象に組み入れることによる弊害として、公取委は、明確性の要請を充たさなければならぬというプレッシャーの下で、正式な手続き(審決)によって私的独占とすることに消極的になるおそれがある、ということを描いておかなければならない(これも一種の「萎縮効果」といえよう)。これまでも、警告・注意という、法律上の明文の根拠のない、非公式な手続きが多用されることへの批判がなされてきたが、この傾向が加速されるのではないか、さらには不当な不問処分が増えるのではないか、という懸念である。

2 課徴金の対象とすべきカルテル

課徴金の対象とすべき行為類型としては、第一に、不当な取引制限に当たる諸行為のうち、米国の反トラスト法における「ハードコア・カルテル」は、すべて対象とすべきである。⁽⁸⁹⁾ここには、価格カルテルのほか、数量制限カルテル、市場分割カルテルないし取引先制限カルテル、共同ボーイコットなどが含まれる。⁽⁹⁰⁾

なお、カルテルは通常は売り手側が行うものであるが、買い手が行う場合(いわゆる「購入カルテル」)も、これと同様に解すべきである。

第二に、むしろここでは、課徴金を賦課する対象から除外すべき「非ハードコア・カルテル」を明示することが重要である。具体的には、技術制限は、「権利の行使」(独禁法二一条)についての解釈上の問題があり、また技術制限と製品制限には、競争を促進すると認められる標準化、規格化との区別が難しい場合がある等の検討をすべきである。

詳論は割愛するが、技術カルテル、製品カルテル、設備投資カルテルなどは、必ず市場における競争に悪影響を与えるわけではなく、競争中立的でないし競争促進的なものもあり得る。すなわち、これらのカルテルについては、米国における「合理の原則」と同様の考え方によって、個別に競争制限効果を見て「競争の実質的制限」をもたらすか否かを検討すべきである⁽⁹¹⁾。

このような「非ハードコア・カルテル」の場合に、カルテル当事者は、その主観においては専ら経営合理的観点からカルテルを行い、その際、価格競争などは制限しないことから、当該カルテルの競争制限効果を看過するか、または誤ってそれを軽視したという事情があるかもしれない。その場合でも、「不当な取引制限」に当たるか否かは、主としてその客観的效果に着目して考えられるべきであり、上述のような場合であっても当該カルテルを行うという点（相互拘束）または「共同遂行」という行為要件該当性⁽⁹²⁾では故意であるから、独禁法違反と解すべきである。

これに対し、課徴金を賦課すべきか否かという点では、この種のカルテルは、その意図が反競争的なもの以外である可能性があり、また上述のようにその競争制限効果も間接的または部分的な場合や、むしろ競争促進的な効果もある場合もあり得ることから、課徴金の対象から除外すべきであると考えられる。

3 対価型の私的独占行為

「対価に係る」私的独占を課徴金の対象とすべきであるという議論がある。本報告書を検討した前述の部会第四回（二〇〇三年二月一八日）の会合では、以下のような議論もあった（私の整理による）。

「私的独占の要件である支配・排除行為には、多様なものがあり得る。このうち、『対価に係る』行為であれば、価格カルテル等と同様の競争制限効果があり、また、違反行為によって事業者は同様の経済的利得を獲得している

と考えられる。したがって、この場合には、価格カルテル等と同様に課徴金の対象とすることが考えられるのではない⁽⁹²⁾。

しかし、「対価に係る」行為に限って課徴金を賦課することは、本稿冒頭に示した「不当利得＋社会的損失」説からは疑問である。また、「非対価型の競争事業者排除行為」によって「何らかの経済的利得を得ている」場合を対象とするという意見も同様に疑問である。

現行の独禁法七条の二第一項にある「対価に係る」という要件は、日本経済全体が、長期間にわたってインフレと恒常的な物価上昇に悩んでいた課徴金制度の立法時（昭和五二年）の状況を反映している。その中では、価格引き上げカルテルと再販売価格維持行為を規制することが、独禁政策の実際上の重要性を与えられたのは当然のことであった。しかし、近年の長期不況ないしデフレ経済の下では、価格引き上げカルテルを締結し実行することは販売数量の著しい低下を招くおそれ強いなどの事情の変化もあり、公共工事における談合のように一部では依然として価格カルテルのような単純な違反行為が行われているが、それらのみならず、「取引先制限カルテル事件やシェア（市場占拠率）カルテル事件等多様な違反行為類型がみられるようになってきている」（本報告書）。私的独占違反事件においても、抑圧的な「支配」行為よりも、競争「排除」行為が多いのは当然ともいえる。

私的独占行為に課徴金を賦課すべきか否かという一般論のレベルでは、私的独占も、不当な取引制限と同一の要件である「競争の実質的制限」をもたらすのであるから、競争秩序の侵害という観点からは、価格カルテル等と同様に課徴金を賦課すべきである。そして、対価に直接働きかける競争制限行為のみならず、このような非対価型の競争排除行為も、同じ反競争性を有していることはいうまでもない。

翻って考えれば、価格は市場全体における需要と供給の結果として決まることであり、あるいは個別の価格決定過程について考えても、それぞれの具体的な取引の一つの結果に過ぎない。独禁法上は、価格だけではなく、市場

全体の需要や供給、あるいは個別の取引過程における（価格以外の）取引を制限すること自体も問題のはずである。また、前述のように、不当利得だけではなく、社会的損失分をも取り戻すとすれば、「対価に係る」という要件に限る理由もなくなる。私的独占行為に課徴金を賦課すべきであるのは、「何らかの経済的利得を得ている」からではなく、これまで述べてきたように、当該違法行為によつて競争秩序の侵害、したがって不当利得プラス社会的損失がもたらされているからである。

4 排除型の私的独占行為

前述（四2）のようなハードコア・カルテルという形態による競争制限だけ課徴金を賦課し、私的独占行為には賦課しない、という制度はややバランスが悪く、同一の法益侵害（「競争の実質的制限」）に対しては異なる扱いをすべきではない、というのが筋論であろう。なお、近時の見解の中に、「私的独占の手段が一九条に当たる場合、私的独占規制を使うのは『カッコイイ』または『事件処理の社会的感銘力が大きい』からにすぎない、という見方がある⁽⁹³⁾。しかし、上述のこの筋論からは、これは排除措置ないし規制の実際の機能だけから見ただけの議論であつて、法益侵害の種類に応じた違法性類型という法の原則からは疑問である。

以上を前提としたとしても、同一の侵害行為でも、その行為の形態によつて措置が異なることも十分あり得るという反論も予想される。その理由は、課徴金を賦課するには、要件の明確さが要請されるということであろう。

しかし、公取委の審決において独禁法違反という判断が下されて排除措置を受け、または、私法上のサンクショ^ン（損害賠償など）を受けるには、現在の構成要件（「支配」または「排除」）で問題ないとされているのに、課徴金を賦課するためには要件が不明確である、ということを余りに強調することには疑問もある。

また、私的独占の行為要件である「排除」・「支配」については、その用語の印象だけからは、あまりに広すぎる

という懸念が生じるかもしれない。この点については、これまでも解釈論において限定ないし明確化が図られてきたし、今後もその努力が続けられるべきであろう。それと同時に、これまで私的独占についての判例や公取委の審決を見てみれば、私的独占に該当するとされた行為は、当該行為のなされた状況をもふまえれば、ほとんどの場合、明白に反競争的、「不当な手段」と評価すべきものであると言えるものであることも指摘してよいであろう。

そこで、私的独占の行為要件である「支配」・「排除」のうち、「排除」による私的独占の場合にだけ課徴金を賦課するという案が考えられる。「支配」と「排除」を比べると、「排除」の方が要件として明確であり、またその結果またはその予測も比較的明確である。これに対し、他の事業者の支配は、子会社等に対する親会社の支配行為など、一般に多くみられる現象であり、その中で私的独占の要件としての「支配」に当たるとするためには、行為者の市場における地位や市場全体の状況などを併せ考えなければならない（特に、いわゆる「間接支配」の場合）。もつとも、これ自体は「排除」でも同じなのであるが、「排除」の場合は競争事業者がある市場から駆逐される、という点で分かり易いとはいえよう。

なお、「排除」は、競争行動の本来の機能であって、ノーマルな競争行動としての排除と私的独占の要件に当たる「排除」の区別が曖昧であるという批判が古くからなされてきた。しかし、他の事業者の排除は、本来、商品・役務をめぐる売り込みの結果として、すなわち買い手による商品・役務の選択によってもたらされる場合は独禁法の本来の趣旨に合致するが、それ以外の手段による排除は、もともと競争の趣旨から疑問である、ということも言えよう。⁽⁹⁴⁾

このように述べたとしても、なお「排除」に当たるか否かが微妙なケースもある。最近の事例では、既存の航空会社が、新規参入者の便に近い時刻に出発する便のみ、新規参入者と同額あるいはそれにほぼ近い、（同社の他の便

の料金よりも低い）額で、運輸サービスを提供することは、不当廉売または不当な差別対価による排除に当たるかが議論された。⁽⁹⁵⁾このときに、既存の航空会社は、米国の反トラスト法において論じられている「競争対応」meet the competitionの抗弁が認められると主張し、これに配慮したかどうかは不明であるが、公取委は具体的な法の適用をしなかった。

また、直近の例では、平成一五年一二月、公取委はNTT東日本に対し、「NTT東日本は、同社の加入者光ファイバに接続してFTHHサービスを販売する他の電気通信事業者の戸建て住宅向けFTHHサービスへの新規参入を阻害することにより、東日本地区における戸建て住宅向けFTHHサービスの取引分野における競争を実質的に制限している」として勧告を行ったが、これも私的独占における「排除」に当たるか、判断の分かれる可能性のある事例であろう（もちろん、「競争の実質的制限」に当たるかという論点もある⁽⁹⁶⁾）。

そこで、「不当な手段で排除」した場合に限る、という提案もあり得る。この趣旨は、再販売価格維持行為を手段とする場合など違法な行為による私的独占の場合、および、当該手段がそれ自体としては一義的には違法としないが、独禁法ないし競争政策の観点から不当（＝反競争的）と判断される行為の場合も課徴金の対象とするということである。これによって、当該行為それ自体の反競争性によって対象を狭めるとともに、予測可能性も高めることができると考えられるが、これによって構成要件の明確性という要請を充たしたことになるかは検討を要しよう（後述、四5の第一点をも参照）。

また、排除が実際に行われた場合にのみ、課徴金を賦課するという案も考えられる。「排除」とは、他の事業者の排除が実際に行われ、市場から退出した場合に限られず、その事業活動が困難になれば足りると解されているが、課徴金賦課の要件としては、他の事業者を市場から退出させたという事実を加えるという説である。しかし、退出という決断それ自体は、当該事業者の経営判断によることであって、排除行為を行った事業者には関係ない

様々な事情がかかわるから、この説の妥当性には疑問がある。

5 その他の拡大案

上述の拡大案の他に、以下の諸案も考えられる。

第一に、私的独占に該当する事業者の単独行為のうち、手段自体が独禁法違反に当たる（具体的には不正な取引方法に該当する）場合、あるいは、その行為要件に該当する場合は（すなわち、公正競争阻害性⁹⁷市場要件を充足するか否かを問わず）、行為者も、自己の市場支配的地位（またはそれに近い地位）についての認識があり、かつその手段の競争性を認識すべきであるから課徴金の対象にする、という考え方もあり得るところである。

特に、再販売価格維持行為を手段とする私的独占についての議論であれば、上の主張は分かりやすく、受け入れやすいように思われる。再販行為は、不正な取引方法の諸類型の中でも、「それ自体違法」と解されている類型であるからである。

しかし、例えば、反トラスト法において従来は「それ自体違法」とされた抱き合わせ行為についての米国の判例や議論の展開に見られるように、行為要件に該当しても独禁法には違反しない手段であると判断される場合もあるから、右のように不正な取引方法に当たる行為を手段とする場合は行為者もその違法性を認識すべきだと言えるかには疑問も残る。ましてや、行為要件に該当する場合という限定は、拘束条件付取引に見られるように、あまりに行為要件が広いため、限定の機能さえ果たさないともいえるかもしれない。

したがって、この考え方は、現在のわが国における不正な取引方法の解釈・運用の下では、再販を手段とする場合に限られるのが妥当とも思われる。⁽⁹⁸⁾

第二に、私的独占は、単独行為としても行われるが、「他の事業者と結合し、若しくは通謀」することによって

も行われる。後者のタイプ（結合的行為）は、前述の日本医療食協会事件やパチンコ機製造特許プール事件⁽⁹⁹⁾などに見られるものであり、このタイプの私的独占行為は、課徴金につきカルテルと同様に扱っても、事業者にとって不意打ちとはならないとも考えられる（ただし、前述のハードコア・カルテルに限るか否かの問題はここにも及ぶであろう）。

第三に、要件の明確性を端的に高めるためには、これまでの実際の運用例と全く異なり、事業者にとって不意打ちと考えられてもやむを得ないような行為については、裁量で課徴金を賦課しないということを許容する制度も考えられる。これを具体化するためには、これまでの判決・審決で私的独占とされた行為を、ある程度一般化してガイドライン等で類型化する作業が必要となろう。

この案の問題点は、従来の運用例に当たる行為か、新規のタイプの行為を対象としているかの区別が明確ではない場合があること、また、前者だけが課徴金を賦課されるということで筋が通るかということであろう。

以上検討した論点のうち、少なくともハードコア・カルテルについては、課徴金の対象に含めるべきであるという結論を下すことができると考えられる。これに対し、私的独占行為への拡大については、様々な案を提示してみたいが、ここで結論を出すことは困難である。

しかし、本報告書では、不当な取引制限に当たる行為で、「供給シェア、取引先、供給地域等を制限するもの」と「購入カルテル」、また、私的独占該当行為については、「対価・供給量・供給先等を制限する私的独占」と「競争事業者を排除する私的独占・不当な取引制限」の計四類型につき、課徴金の対象とすべきことが提案されている。

また、諸外国との比較も重要であるが、独禁法のエンフォースメントをめぐる制度は、実体規定の相違以上に各国でかなり事情が異なるので慎重な検討が必要である。米国のように、「ハードコア・カルテル」に限って刑事罰

をかけるという制度と、EU・ドイツのように私的独占に該当する行為まで制裁金を課す制度には、それぞれの制度の背景や行政庁のあり方から見てそれなりの合理性があると思われるが、日本の課徴金と多くの点で異なることはいうまでもない。これらの比較研究についても、さらに慎重な議論が要請されよう。

(1) 措置体系見直し検討部会の議論の状況については、公取委のホームページを参照。第一回会合は、<http://www.jftc.go.jp/pressrelease/02-november/021125.pdf> 報告書に「こつは」<http://www2.jftc.go.jp/pressrelease/03october/03102801.pdf>

本報告書については、諏訪園貞明「独占禁止法研究会報告書と措置体系の見直しについて」公正取引六三七号二頁以下(二〇〇三年)、「独占禁止法研究会報告書と措置体系の見直しについて」NBL七七三三二頁以下(二〇〇三年)、岸井大太郎「独占禁止法の措置体系のあり方」公正取引六三七号一頁以下(二〇〇三年)、井手秀樹「独占禁止法の措置体系の見直し」公正取引六三七号二頁以下(二〇〇三年)、高木光「独占禁止法上の課徴金の根拠づけ」NBL七七四二〇頁以下(二〇〇三年)、舟田「課徴金制度の強化にむけて」NBL七七四号八頁以下(二〇〇三年)、同「けいざい講座——課徴金の強化」読売新聞平成一五年二月二九日付記事。

(2) 「独占禁止法の措置体系見直しについて——日本経団連としての見解」(二〇〇三年九月五日) <http://www.keidamren.or.jp/japanese/policy/2003/088.html>

(3) <http://www.pluto.dti.ne.jp/funada/> このサイトの「経済法関連の時事問題」を参照。

(4) 便宜上、ここで以下を書く際に主として参照した文献を挙げておく(五十音順、舟田・前注(1) NBL七七四号八頁以下に挙げたもので省いたものもある)。

阿部泰隆「課徴金制度の法的設計」成田頼明先生横浜国大退官記念「国際化時代の行政と法」(良書普及会、一九九三年)一三〇頁以下。これは同『政策法学の基本方針』(弘文堂、一九九六年)二二九頁以下に所収。本稿では、後者から引用する、同『行政の法システム(上)(下)』(有斐閣、新版、一九九七年・一九九九年)、市橋克哉「日本の行政処罰法制」法政論集(名古屋大学)一四九卷一〇九頁(一九九三年)、同「行政罰——行政刑罰、通告処分、過料」公法研究五八号二三頁以下(一九九六年)、植村栄治「行政法教室」(有斐閣、二〇〇〇年)一六三頁以下、宇賀克也「行政制裁」ジュリスト二二八号五〇頁以下(二〇〇二年)、碓井光明「行政上の義務履行確保」公法研究五八号一三七頁以下(一九九六年)、大橋洋一「行政法、現代行政過程論」(有斐閣、補訂版、二〇〇二年)三九七頁以下、金井貴嗣「独占禁止法違反に対する課徴金・刑事罰の制度設計」日本経済法学会年報二二号一七頁以下(二〇〇一年)、神山敏雄「独禁法犯罪の研究」(成文堂、二〇〇二年)、来生新「私的独占・独占の状態に対する措置」日本経済法学会編『経済法講座 第二巻 独禁法の理論と展開(1)』二三三頁以下(三省堂、二〇〇二年)、同「阿部教授の『課徴金制度の法的設計』に対する反論」横濱国際経済法学四巻二五五頁以下(一九九六年)、同「排除措置と課徴

金」経済法学年報一三三三頁以下（一九九二年）、同「課徴金の性格と独禁法改正」横浜国大経済学会エコノミア四一巻四号三〇頁以下（一九九一年）、同「課徴金・反則金・違反の公表」『行政法の争点』（旧版一九八〇年）一一三頁、同「独禁法の運用強化——課徴金」ジュリスト九六五号三四頁（一九九〇年）、佐伯仁志「経済犯罪に対する制裁について」法曹時報五三卷一一号三〇八三頁以下（二〇〇二年）、同「二重処罰の禁止について」内藤謙先生古稀祝賀論文集『刑事法学の現代的状況』（有斐閣、一九九四年）二七五頁以下、同「制裁」岩波講座『現代の法』四（岩波書店、一九九八年）二二五頁以下、塩野宏『行政法Ⅰ』（有斐閣、第三版、二〇〇三年）一九五頁以下、二二四頁以下、沢田克巳「課徴金制度の再検討」森本滋・川浜昇・前田雅弘編『企業の健全性確保と取締役の責任』（有斐閣、一九九七年）五四三頁以下、正田彬「独占禁止法の強化と公正取引委員会」ジュリスト一〇〇〇号二八七頁以下（一九九二年）、鈴木恭蔵「課徴金制度の再考（上）（下）」NBL七一六頁、七二二号三八頁（二〇〇一年）、曾和俊文「法執行システム論の変遷と行政法理論」公法研究六五号二一六頁以下（二〇〇三年）、同「経済的手法による強制」公法研究五八号二二〇頁以下（一九九六年）、高木光「行政の実効性の確保」同「技術基準と行政手続」（弘文堂、一九九五年）八五頁以下、一〇一頁以下、高山佳奈子「法人処罰」ジュリスト一二二八号七一頁以下（二〇〇三年）、田中利幸「行政と刑事制裁」雄川一郎・塩野宏・園部逸夫編『現代行政法大系 二 行政過程』二六三頁以下（有斐閣、一九八四年）、同「行政制裁と刑罰との併科」『団藤重光先生古稀祝賀論文集第三卷』（有斐閣、一九八四年）一〇九頁、中里実「経済的手法の法的統制に関するメモ（上）（下）」ジュリスト一〇四二号二二頁以下、一〇四五号一二三頁以下（一九九四年）、畠山武道「行政強制論の将来」公法研究五八号一六九頁（一九九六年）、同「サンクシヨンの現代的形態」『基本法学八（紛争）』（岩波書店、一九八三年）三六五頁以下、藤田宙靖『行政法Ⅰ（総論）』（青林書院、二〇〇三年）二五八頁以下、丹宗暁信・岸井大太郎編『独占禁止手続法』（有斐閣、二〇〇二年）一一五頁以下（和田健夫執筆部分、和田健夫「独禁法違反と課徴金・刑事制裁」日本経済法学会編『経済法講座 第三卷 独禁法の理論と展開（2）』（三省堂、二〇〇二年）三二七頁以下、同「課徴金制度の改正」商学討究（小樽商大）四二卷二・三号二八九頁（一九九一年）。

ただし、「行政（法）の実効性確保」＝エンフォースメントについては、本文で述べたことと並んで、私人による法の実現をも視野に入れるという観点があることは周知の通りである。その他、米国法に特有なエンフォースメントの意義については、畠山・前掲公法研究五八号一九二頁注54、高木・前掲「技術基準と行政手続」一〇九頁注54等を参照。

（5）大橋・前注（4）『行政法』四〇九頁等を参照。直罰システムについては、舟田・前注（1）NBL七七四号一五頁以下で「直罰としての公害罪」の新設が果たした効果にふれた。

（6）藤田・前注（4）『行政法Ⅰ（総論）』二五八頁参照。

（7）塩野・前注（4）『行政法Ⅰ』二二四頁以下、畠山・前注（4）『基本法学八（紛争）』三六九頁以下、大橋・前注（4）『行政法』四一六頁以下、高木・前注（4）『技術基準と行政手続』一〇一頁以下等を参照。

（8）田中・前注（4）『団藤重光先生古稀祝賀論文集第三卷』一〇九頁

（9）植村・前注（4）『行政法教室』一六三頁以下、<http://uno.law.seikei.ac.jp/~nemura/cnp13.html>、本書以前の行政法における位置づけについては、市橋・前注（4）公法研究五八号三三七頁以下、同・前注（4）法政論集一四九卷一一一頁等を参照。

- (10) この定義は行政法の教科書で一般に見られるものであるが、ここでは、シール談合課徴金審決・審決集四三・一三六から引用した。
- (11) 畠山武道『現代行政法大系 第一〇巻 財政』(有斐閣、一九八四年) 三三頁以下、中里・前注(4)『ジュリスト』一〇四二号一三三頁参照。ただし、この中の「国が国権に基いて収納する課徴金」等には多様なものが含まれ得るなどの事情であろうか、本条については施行されないままである。
- (12) 東京地判昭和五四・五・二八判時九五三三七頁、判タ三九四号一〇三頁。中里・前注(4)『ジュリスト』一〇四五号一二四頁以下参照。なお、着陸料については、阿部・前注(4)『行政の法システム(上)』二八四頁以下等でも触れられている。
- (13) 本制度については差し当たり、来生・前注(4)『エコノミア』四一巻四号二六頁以下、畠山・前注(4)『公法研究五八号一六九頁、塩野・前注(4)『行政法』一二四頁を参照。
- (14) 曾和・前注(4)『公法研究五八号二二頁以下、同・前注(4)『公法研究六五号二一九頁等を参照。
- (15) 畠山・前注(4)『公法研究五八号一七二頁以下。
- (16) 佐伯・前注(4)『現代の法』四二二七頁参照。
- (17) 以下の叙述は主として、大塚直「政策実現の法的手段——民事的救済と政策」岩波講座『現代の法』四(岩波書店、一九九八年) 一七七頁以下、一九六頁以下による。環境法分野における賦課金については、舟田・前注(1)『NBL七七四号一二頁に挙げたほか、大塚直『環境法』(有斐閣、二〇〇二年) 四八九頁以下、同『環境賦課金』ジュリスト九七九号四四頁以下、九八一号九二頁以下、九八二号三九頁以下、九八三号一〇一頁以下、九八六号四七頁以下、九八七号六一頁以下(一九九一年)、阿部・前注(4)『行政の法システム(上)』二八七頁以下(『経済的インセンティブ』)その他、多くの研究があるが省略する。
- なお、畠山・前注(4)『公法研究五八号一七五頁以下は、「環境税・課徴金は、……機能的には行政罰(罰金)や執行罰に類似しているが、決して権力的行為や行政規制の補完手段とされているわけではなく、むしろ規制方式そのものの代替案として考えられている」ことを強調する。独禁法上の課徴金は、右にいう「行政規制の補完手段」であり、この点からも環境法における課徴金とは異なることに留意すべきであろう。
- (18) 佐伯・前注(4)『刑事法学の現代的状況』二七九頁は、「利益剥奪は制裁ではないとする見解は、利益剥奪を民法上の不当利得返還請求とのアナロジーで理解するのかもしれない」と述べるが、独禁法上の議論でこのような理解はなかったといえよう。高木・前注(1)『NBL七七四号二二頁も参照。
- (19) 大塚・前注(17)『現代の法』四一九二頁。これは、「民事責任をふまえた損害賠償保障制度」とする中公審答申に現れていた。差し当たり、阿部泰隆『淡路剛久『環境法』(有斐閣、第二版追補版、二〇〇二年) 二八七頁以下、久安本典夫「汚染者負担原則」ジュリスト増刊・行政法の争点(新版、一九八七年) 二五九頁参照。もちろん、基金システムを採る以上は、独禁法の場合のように、これと別個に民事的救済を求めることはできなくなるなど、相違点もあることはいうまでもない。
- (20) 大塚・前注(17)『現代の法』四一九三頁。阿部・前注(4)『行政の法システム(下)』四九二頁をも参照。

- (21) 大塚・前注(17)『現代の法 四』一九九頁。比例原則については、碓井・前注(4)『公法研究五八号』一五七頁以下、高木光「比例原則の実定化」芦部信喜先生古稀祝賀『現代立憲主義の展開(下)』(有斐閣、一九九三年)二〇九頁以下、特に二三四頁以下等を参照。
- (22) 芦部信喜『憲法』(岩波書店、新版、一九九七年)一八六頁以下、戸松秀典『憲法訴訟』(有斐閣、二〇〇〇年)三一〇頁以下等を参照。「より制限的でない他の選びうる手段」基準は、二重の基準の下では、精神的自由に関する合憲審査において用いられるとされることがあるが、長谷部恭男『憲法学のフロンティア』(新世社、第二版、二〇〇一年)二三八頁は、これを「厳格な合理性の基準」であり、薬事法違憲判決はこれを採用したと述べる(ただし、戸松秀典『憲法訴訟』三二二頁以下はこれを否定する)。
- (23) なお、中里・前注(4)ジュリスト一〇四五号一二六頁も同様の発想によるもののようである。
- (24) 畠山・前注(4)『基本法八(紛争)』三七二頁参照。同様のことは、阿部・前注(4)『行政の法システム(上)』二八三頁、阿部・前注(4)『政策法学の基本方針』二二〇頁以下、その他に見られる。
- (25) 和田・前注(4)『独禁法の理論と展開(2)』三二二頁以下、来生・前注(4)エコノミア四一巻四号二五頁以下、二七頁以下、鈴木・前注(4)NBL七二一号六頁、七二二号三八頁、等を参照。
- (26) 金井・前注(4)『日本経済法学会年報』二二二頁以下、村上・前注(1)NBL七七〇号九頁以下等を参照。
- (27) 「違反行為前の利益状態に戻すにすぎない場合は、違反行為に対する制裁としての意味は持たえない。取られてもともとだからである」田中・前注(4)『団藤重光先生古稀祝賀論文第三巻』一一二頁以下。
- (28) 「名あて人を非難し懲らしめることを直接の目的とする意味で『制裁』を理解する」宇賀・前注(4)ジュリスト二二八号五一頁参照。
- (29) 舟田・前注(1)NBL七七四号一一頁。
- (30) この理由もあって、課徴金として支払った分を損金算入することは認められていない。根岸哲「舟田『独占禁止法概説』(有斐閣、第二版、二〇〇二年)三一〇頁参照。
- (31) 畠山・前注(4)『基本法八(紛争)』三六八頁。
- (32) 舟田・前注(1)NBL七七四号一六頁。
- (33) 本学会に提出された、小田切宏之「後藤晃」畠中薫里「措置体系見直しについての経済学的考察」公取委ホームページ、<http://www.jftc.go.jp/pressrelease/03february/03022402.pdf>を参照。また、井手・前注(1)公正取引六三七号二三頁も同旨。
- (34) 舟田・前注(1)NBL七七四号八頁。
- (35) 阿部・前注(4)『政策法学の基本方針』二七三頁参照。
- (36) この点については、畠山・前注(11)『現代行政法大系 第一〇巻 財政』二二頁以下参照。
- (37) 「他の分野の制度との整合性を意識した説明が不可欠」(高木・前注(1)NBL七七四号二〇頁)。
- (38) 阿部・前注(4)『行政の法システム(下)』四五四頁以下、大橋・前注(4)『行政法』四一〇頁以下、畠山・前注(4)『基本法八(紛争)』三六五頁以下、三六九頁以下、曾和・前注(4)『公法研究六五号』二六頁以下、北村喜宣「環境規制執行の実態と執行法政策」大塚直「

北村喜宣編『環境法学の挑戦』（日本評論社、二〇〇二年）一七〇頁以下、北村『行政執行過程と自治体』（日本評論社、一九九七年）七六頁以下等を参照。ただし、同『自治体環境行政法』（良書普及会、第二版、二〇〇一年）二二五頁以下や前掲の多くの研究が指摘するように、行政刑罰だけでなく、行政庁がその規制権限を行使しないという実態が広く見られ、行政刑罰と行政罰ないし行政制裁の両方の機能不全というべきであろう。

(39) 前注(38) 参照。

(40) 市橋・前注(4) 法政論集一四九卷一〇九頁、一二六頁。

(41) この点については、曾和・前注(4) 公法研究五八号二二〇頁以下、碓井・前注(4) 公法研究五八号一四五頁等、多くの指摘がある。

(42) 課徴金の算定根拠について、舟田・前注(1) NBL七七四号一三頁注(9) を参照。

(43) 阿部・前注(4) 『政策法学の基本方針』二四六頁は、率直に、「いかにも大ざっぱな説明であり」、「しかし、そもそも本当の儲けは不明であるから、この程度の説明でやむをえないのではなからうか。立法裁量の実態の一つを見た思いである」と述べる。なお、佐伯・前注(4) 『刑事法学の現代的状況』二九〇頁以下には、米国の医療保険の違法請求に係る刑事罰と民事罰の併科のケースにおいて、「国が大ざっぱな救済を受ける権利があること、すなわち、合理的な定額賠償や二倍賠償といった、いくらか不正確な計算式によって賠償を受けることができる」、ただし、「国の損害及び支出に少しも近似しておらず、大ざっぱな正義が明らかかな不正義になってしまった場合に憲法が何を要求しているかという問題」はある、という判示があったことが紹介されている。

(44) 松尾浩也「罰金と追徴税の併科の合憲性」租税判例百選二四〇頁（一九六八年）、田宮裕「罰金と追徴税の併科」憲法判例百選一二八頁以下（一九六八年）参照。その後も、重加算税と刑罰の併科について、最判昭和四五・九・一一刑集二四・一〇・一三三三が同旨の判示をしている。なお、大阪高判昭和三三・一一・二七行集九・一二・二六三一も重加算税を適法としているが、板倉宏「重加算税の適法性」租税判例百選一四〇頁以下（一九六八年）はこれを厳しく批判する。

(45) 高刑四六・二・一〇八判例時報一四七四・三一（確定）。これについては、杉浦市郎「業務用ストレッチフィルム価格カルテル刑事事件」平成五年度重要判例解説二四四頁以下（一九九四年）、山本輝之「公正取引委員会の専属告発の裁量性」独禁法審決・判例百選〔第六版〕二五四頁以下（二〇〇二年）、およびこれらに所掲の文献を参照。

(46) 判時一六六二・八三、審決集四五・三三九。

(47) 刑集一八・五・二二七九。

(48) 塩野・前注(4) 『行政法Ⅰ』二二五頁以下、市橋・前注(4) 公法研究五八号二三四頁以下、阿部・前注(4) 『政策法学の基本方針』二四二頁および注(31)、田中・前注(4) 『現代行政法大系』二二七六頁以下等を参照。

(49) 田中・前注(4) 『団藤重光先生古稀祝賀論文集第三卷』一一頁

(50) 田中・前注(4) 『団藤重光先生古稀祝賀論文集第三卷』一一七頁参照。

(51) 田中・前注(4) 『団藤重光先生古稀祝賀論文集第三卷』一二六頁以下参照。阿部・前注(4) 『政策法学の基本方針』二二二頁も、この部

分を引用し賛成であるとする。

- (52) 舟田・前注（1）NBL七七四号一四頁。同旨、田宮・前注（44）憲法判例百選二二九頁。
- (53) 田中・前注（4）『団藤重光先生古稀祝賀論文集第三卷』一二三頁。
- (54) 松尾・前注（44）租税判例百選二四一頁。板倉・前注（44）租税判例百選一四〇頁以下も参照。
- (55) 佐伯・前注（4）『刑事法学の現代的状況』二七七頁以下参照。
- (56) これについては、岸井・前注（1）公正取引六三七号一頁以下を参照。なお、高木・前注（1）NBL七七四号二〇頁以下も参照。
- (57) 前注（38）参照。
- (58) 舟田・前注（1）読売新聞平成一五年一月二九日付け記事参照。
- (59) 高山・前注（4）ジュリスト二二八号七四頁。
- (60) 佐伯・前注（4）法曹時報五三卷一三三頁注47参照。
- (61) 井上正仁「犯罪の非犯罪的処理——『ディヴァージョン』の観念を手懸かりにして」『基本法学八（紛争）』（岩波書店、一九八三年）三九五頁以下参照。環境法の領域については、諸外国で多様な行政制裁制度がとられていることに関しては、多くの紹介・研究がある（舟田・前注（1）NBL七七四号二二頁以下でも触れた）。米国の行政的課徴金について、北村喜宣『環境管理の制度と実態』（弘文堂、一九九二年）一五五頁以下等を参照。
- (62) 市橋・前注（4）公法研究五八号二四三頁以下、佐伯・前注（4）『現代の法 四』二二七頁以下に所掲の諸文献を参照。
- (63) 根岸・前注（4）『独占禁止法概説』一頁以下参照。
- (64) 来生・前注（4）ジュリスト九六五号三四頁。これに対しては、阿部・前注（4）『政策法学の基本方針』二六二頁以下の説得的な批判がある。他に、佐伯・前注（4）法曹時報五三卷一三三頁以下をも参照。
- (65) ダクティル鋳鉄管シェア協定刑事事件（東京高判平成一二・二・二三審決集四六・七三三。鈴木・前注（4）NBL七二二号四〇頁以下の一覧表による。
- (66) 日本セメント（株）ほか七名に対する件（課徴金審決平成三・三・一八審決集三七・一七四における日本セメントに対する課徴金。ただし、現在、審判中の事件で、ダクティル鋳鉄管事件の被審人クボタには、七〇七、二〇八万円の納付が命じられている。
- (67) 佐伯・前注（4）『内藤謙先生古稀祝賀論文集』三〇二頁
- (68) 石油生産調整刑事事件（東京高判昭和五五・九・二六高刑三三・五・三五九は、当該行為の「違法性を意識しなかったことには相当の理由がある」とし、無罪判決を下した。根岸・前注（30）『独占禁止法概説』三一九頁以下参照。これについては、多くの議論があるが省略する。
- (69) 制裁金の場合、現行法上の課徴金と異なり、故意・過失を要件とすべきであるとしても、刑事罰の場合における故意・過失よりは緩和された形態で足りると解される。佐伯・前注（4）『現代の法 四』二二八頁、金井・前注（4）日本経済法学会年報二二号二五頁以下参照。

- (70) 金井・前注(4) 日本経済法学会年報二二三三四頁以下参照。この基となった阿部・前注(4)『政策法学の基本方針』二三九頁以下は、この基本的振り分けに加え、悪質な違反行為に対しては、事業者者に「儲けすぎをこえる課徴金(加算課徴金)」を、実行行為者たる自然人(従業員等)には刑事罰を科すが、普通の違反には不処罰にするか廃止するという提案を述べている。
- (71) コスモ石油株式会社ほか一〇社が、防衛庁調達実施本部発注に係るガソリン、軽油、灯油、重油及び航空タービン燃料の指名競争入札で談合したとして、公取委は独禁法三条違反で勧告し、うち八社は応諾したので審決が下された。勧告審決平成一一・一二・二〇審決集四六・三五二。被告人のうち二社は応諾せず審判開始決定(同日、審決集四六・四三五)。
- 公取委は、本件につき検事総長に告発(平成一一・一〇月一四日と平成一一・一月九日の二回)、これを受けて、検察は上記一社等起訴(現在、東京高裁で刑事裁判が係属中)。
- (72) 警視庁発注交通信号機等工事入札談合事件Ⅱ勧告審決平成一五・二・二〇。松下電器産業株式会社はこれを応諾しなかったため、同年四月二日、審判開始決定がなされている。
- (73) 五敦史「独占禁止法違反の犯罪の現状と今後の課題」法律のひろば五四巻一五頁(二〇〇一年)、荒川雅行「独占禁止法と経済刑法」現代刑事法三〇号一八頁以下、二二頁(二〇〇一年)参照。
- (74) 最近のものとして、芝原邦爾「経済刑法の論点」現代刑事法三〇号四頁以下、八頁(二〇〇一年)参照。
- (75) 五・前注(73) 法律のひろば五四巻一五頁参照。
- (76) ドイツの立法例については、神山・前注(4)『独禁法犯罪の研究』三〇三頁以下参照。
- (77) 例えば、平成一四年度の事案について、舟田「経済法判例・審決例の動き」平成一四年度重要判例解説二二三頁以下、二二六頁以下(二〇〇三年)で挙げた諸事例を参照。
- (78) 技研システム国家賠償請求事件Ⅱ東京高判平成一五・四・二四判時一八三二・七五。関連事件として、協和エクシオ事件Ⅱ課徴金審決平成六・三・三〇審決集四〇・四九、水田電工事件Ⅱ課徴金審決平成一一・四・二二審決集四七・三七、七九(他にも挙げるべき事件があるが割愛)。
- (79) 平成八・八・六審決集四三・一一〇以下。
- (80) 同旨、和田・前注(4)『独占禁止手続法』一三五頁以下。
- (81) 勧告審決平成一四・一二・四。これについては、泉水文雄「市場分割を背景とした入札談合」平成一四年度重要判例解説二二九頁以下(二〇〇三年)参照。
- (82) 課徴金納付命令平成一五・五・七。
- (83) 勧告審決平成八・五・八審決集四三・二〇九。本件については、根岸・舟田・前注(30)『独占禁止法概説』七四頁以下参照。
- (84) これに対し、「独占禁止法研究会手続等関係部会報告書」(平成一三年)は、「例えば、EUにおける制裁金のように違反行為者の事業活動全体による売上げを課徴金算定の基礎とすることも一案である」と述べる。違反行為者は、それぞれの企業規模を基礎として各事業活動を行っ

ているという面もあるから、本文で述べたように当該事業に限るとい必要はないとも考えられる。

(85) 前注(84)「独占禁止法研究会手続等関係部会報告書」の他、川浜昇「私的独占の規制について」後藤昇・鈴木興太郎編『日本の競争政策』(東京大学出版会、一九九九年)一九九頁以下、二二頁、泉水文雄「私的独占規制の展開と課題」法律時報七二巻一頁以下、一五頁以下(一九九九年)、和田・前注(4)「独占禁止手続法」一二六頁など。これに対し、私的独占について課徴金を課すこと自体に疑問を提示する議論もある。来生・前注(4)『経済法講座 第二巻 独禁法の理論と展開(1)』二二三頁以下およびそこに挙げられている文献を参照。

(86) 例えば、金井・前注(4)『日本経済法学会年報二二二・二二七頁以下参照。

(87) 例えば、田中・前注(4)『現代行政法大系 二 行政過程』二六三頁以下参照。

(88) 正田彬『全訂 独占禁止法』(日本評論社、一九八〇年)二二五頁以下等を参照。本稿でも、前記(三二)の日本医療食協会事件に関する検討は、解釈によって不当な取引制限の射程距離を広げること前提としている。

(89) 「当然違法」とされるハードコア・カルテルの意義についてふれた最近の研究として、林秀弥「競争法における関連市場の画定基準(一)(二)——「一定の取引分野」をめぐる独禁法上の課題とその解決方法に向けて」民商法雑誌二二六巻一五〇頁(二〇〇二年)参照。

(90) 市場シェア・カルテルも、市場分割カルテルの一変種であると捉えて良いと思われる。なお、価格カルテル以外のカルテルが課徴金の対象となったケースとしては、ダクティル鋳鉄管事件がある(勧告審決平成一一・四・二二審決集四六・二〇一。課徴金納付命令平成一一・一・二二審決集四六・五五〇。審判開始決定平成一二・二・一〇審決集四六・四六五)。これはダクティル鋳鉄管製造業者三社が平成八年度におけるダクティル鋳鉄管直管の三社間の受注シェアを決定し、実際の受注シェアが当該決定したものとなるよう受注数量の調整を行う旨合意していたもので、明白な価格カルテルではない。その他、川重冷熱工業株式会社ほか大型吸引式冷凍製造業者四名に対する件(勧告審決昭和五五・一〇・二二審決集二七・八七もシェア協定の事例である)。

(91) その他、営業方法、品質・規格、広告・表示などについてのカルテルがある。これらについての最近の研究として、矢部丈太郎「不当な取引制限概念の再構成」阪大法学五〇号六九三頁、七二二頁以下(二〇〇一年)以下参照。この点に関する最近の経済学の議論については、柳川範之・大東一郎「カルテル規制」前注(85)『日本の競争政策』七一頁以下、八〇頁以下等を参照。

(92) これと同様のことは、既に前注(84)「独占禁止法研究会手続等関係部会報告書」でも示唆されていた。

(93) 泉水・前注(85)『法律時報七二巻一頁一頁一頁を参照。

(94) 詳しくは、川浜昇「独占禁止法二条五項(私的独占)の再検討」『京都大学法学部創立百周年記念論文集 第三巻』(有斐閣、一九九二年)三二三頁以下、三五四頁参照。

(95) 公正取引委員会が平成一一年二月一四日に公表した「国内定期航空旅客運送事業分野における大手三社と新規二社の競争の状況等について」においては、次のような行為が独占禁止法上問題になるとしている。

「大手航空会社による対抗的な割引運賃

大手航空会社が、ある路線の供給に要する費用を下回る運賃で運送サービスを提供し、新規二社の事業活動を排除することや、当該路線の供

給に要する費用を著しく下回る運賃で運送サービスを提供し、新規二社の事業活動を困難にさせる行為」。

以上は、「国内航空旅客運送事業分野における競争政策上の課題について」(公益事業分野における規制緩和と競争政策・中間報告 平成二二年二月二十五日より引用)。

<http://www.jftc.go.jp/pressrelease/00:february/00021503.pdf>

(96) 公取委「東日本電信電話株式会社に対する勧告等について」(平成十五年十二月四日)

<http://www2.jftc.go.jp/pressrelease/03:december/03120401.pdf>

(97) 例えば、野田醤油事件・東京高判昭和三二・一二・二五高民集一〇・一二・七四三参照。

(98) 矢部・前注(91) 阪大法学五〇号七三三頁は、再販行為をそれ自体を課徴金の対象とすることを示唆する。

(99) 勧告審決平成九・八・六審決集四四・二三八。本件については、根岸・舟田・前注(30)『独占禁止法概説』七五頁以下参照。